

Die Parteifähigkeit im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung
Zivilprozessrecht – Bundesprivatrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RUTH HÄFLIGER
von Schötz LU

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1907



Die Parteifähigkeit im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung
Zivilprozessrecht – Bundesprivatrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RUTH HÄFLIGER
von Schötz LU

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 76 der Reihe
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meiner Familie und Marc

Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder danke ich für die mir eingeräumte Freiheit bei der Bearbeitung meiner Dissertation und für die wohlwollende Begleitung der vorliegenden Arbeit.

INHALTSÜBERSICHT

1. Teil	Begriff und Grundlegung	1
2. Teil	Mangelnde Parteifähigkeit	55
3. Teil	Parteifähige Rechtssubjekte	75
4. Teil	Parteifähigkeit bei fehlender juristischer Persönlichkeit	104
5. Teil	Interdependenz zwischen der Parteifähigkeit und bestimmten Instituten des Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens	185



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Vorwort	XXXI

TEIL 1: BEGRIFF UND GRUNDLEGUNG	1
Kapitel I Parteibegriff und Parteifähigkeit	2
Kapitel II Abgrenzung der Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit	4
2.1 Problem	4
2.2 Gegenseitige Abhängigkeit der beiden Begriffe	5
2.3 Auseinandersetzung mit den Begriffen der Parteifähigkeit und der Rechtsfähigkeit	6
2.3.1 Allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit	6
2.3.2 Allgemeine und gleiche Parteifähigkeit	8
2.3.3 Relativität der Rechtsfähigkeit	11
2.3.4 Relativität der Parteifähigkeit	13
2.3.5 Eigenständige Begriffsbildung	15
2.4 Rechtliche Zuordnung des Begriffes der Parteifähigkeit	16
2.4.1 Die Parteifähigkeit im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit der Kantone	16
2.4.1.1 Problemstellung	16
2.4.1.2 Parteifähigkeit eines Gebildes als Frage des Rechtsgebietes, dem die betreffende Rechtserscheinung insgesamt zuzuordnen ist	16
(a) Parteifähigkeit zivilrechtlicher Erscheinungen	16
(b) Parteifähigkeit öffentlich-rechtlicher Institute	17
(c) Stellungnahme	18
2.4.1.3 Parteifähigkeit als Begriff des Zivilprozessrechtes	19
2.4.1.4 Stellungnahme	20
2.4.2 Der Begriff der Parteifähigkeit im Rahmen des dem Bunde vorbehaltenen Teils der Zivilgerichtsbarkeit	23
2.5 Aktive und passive Rechts- bzw. Parteifähigkeit	24
2.5.1 Aktive und passive Rechtsfähigkeit	24
2.5.2 Aktive und passive Parteifähigkeit	26
Kapitel III Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit	27
3.1 Problem	27
3.2 Verhältnis zwischen der Rechts- und der Handlungsfähigkeit - Untersuchung des Verhältnisses der Parallelbegriffe	27
3.3 Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit im besonderen	29
Kapitel IV Das Verhältnis der Parteifähigkeit zu den Begriffen der Sachlegitimation, der Prozessführungsbefugnis und der Prozessstandschaft	32
4.1 Parteifähigkeit und Sachlegitimation	32
4.2 Das Verhältnis der Parteifähigkeit und der Sachlegitimation zu der Prozessführungsbefugnis und der Prozessstandschaft	36
4.2.1 Allgemeines	36
4.2.2 Parteifähigkeit und Prozessführungsbefugnis	37
4.2.2.1 Allgemeines	37
4.2.2.2 Im besonderen	38

4.2.3 Parteifähigkeit und Prozessstandschaft	38
Kapitel V Parteifähigkeit und Parteibezeichnung	40
5.1 Im allgemeinen	40
5.2 Sammelbezeichnungen bei rechtsunfähigen Personenvereinigungen	41
5.3 Prozesse im Namen von rechtsunfähigen Sondervermögen	45
Kapitel VI Zivilprozessuale Rechtsfähigkeit und betreibungsrechtliche Rechtsfähigkeit	47
Kapitel VII Parteifähigkeit als Erfordernis der am Prozess Beteiligten	49
7.1 Parteifähigkeit der Parteien	49
7.1.1 Parteifähigkeit der Einzelpartei	49
7.1.2 Parteifähigkeit bei der notwendigen Streitgenossenschaft	49
7.1.3 Parteifähigkeit bei der einfachen Streitgenossenschaft	52
7.1.4 Parteifähigkeit des Hauptintervenienten	52
7.2 Parteifähigkeit Dritter	52
7.2.1 Parteifähigkeit der Nebenparteien	52
7.2.2 Parteifähigkeit des Prozessvertreters	53
7.2.2.1 Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit des gewillkürten Vertreters	53
7.2.2.2 Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit des gesetzlichen Vertreters	53
7.2.2.3 Die Parteifähigkeit der Prozessvertreter	54
TEIL 2: DIE MANGELNDE PARTEIFÄHIGKEIT	55
Kapitel VIII Parteifähigkeit - eine Prozessvoraussetzung	56
8.1 Im allgemeinen	56
8.2 Die Behandlung der Parteiunfähigkeit im zürcherischen Zivilprozess	57
8.2.1 Heilung des Mangels	57
8.2.2 Reihenfolge der Prüfung der Parteifähigkeit	59
8.2.2.1 Vorrangige Prüfung bestimmter Prozessvoraussetzungen	59
8.2.2.2 Prüfung der Zulässigkeit vor der Begründetheit der Klage	59
8.2.3 Prüfung der Parteifähigkeit von Amtes wegen	60
8.2.4 Stellung der parteiunfähigen Partei bei zweifelhafter oder bestrittener Parteifähigkeit	61
8.2.5 Entscheid über das Vorliegen bzw. Fehlen der Parteifähigkeit	62
8.2.6 Die Prüfung der Parteifähigkeit durch die Rechtsmittelinstanz	62
8.2.7 Probleme im Zusammenhang mit der Vollstreckung	64
8.2.7.1 Vollstreckung von in Rechtskraft erwachsenen Sachurteilen gegenüber parteiunfähigen Parteien	64
8.2.7.2 Probleme im Zusammenhang mit der Auferlegung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung	65

Kapitel IX Ausnahme: Feststellung der strittigen Parteifähigkeit durch ein Sachurteil	67
Kapitel X Ueberlegungen zur Unterscheidung zwischen Sachurteil und Prozessurteil	70
Kapitel XI Unterschied zwischen der parteiunfähigen und der nicht existenten Partei	73
TEIL III PARTEIFÄHIGE RECHTSSUBJEKTE	75
Kapitel XII Parteifähigkeit der natürlichen Personen	76
12.1 Im allgemeinen	76
12.1.1 Allgemeine gleiche oder relative Parteifähigkeit natürlicher Personen	76
12.1.2 Dahinfallen der Parteifähigkeit einer natürlichen Person anlässlich ihres Todes	78
12.2 Grenzfälle: Der nasciturus und der non iam conceptus	79
12.2.1 Rechtsstellung im materiellen Recht	79
12.2.1.1 Der nasciturus	79
12.2.1.2 Der non iam conceptus	80
12.2.2 Prozessuale Stellung des nasciturus und des non iam conceptus	81
12.2.2.1 Parteifähigkeit des nasciturus	81
12.2.2.2 Beschränkte Parteifähigkeit des non iam conceptus?	82
12.2.3 Der Einfluss einer Fehlgeburt auf einen schwebenden oder bereits abgeschlossenen Zivilprozess	84
12.2.3.1 Totgeburt eines nasciturus während eines Prozesses	84
12.2.3.2 Die Wirkungen einer Fehlgeburt auf einen bereits abgeschlossenen Prozess	85
Kapitel XIII Parteifähigkeit der juristischen Personen	87
13.1 Juristische Personen des öffentlichen Rechts: Absolute oder relative Rechts- und Parteifähigkeit	87
13.1.1 Privatrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts	87
13.1.1.1 Zur Diskussion über die Rechtsnatur des Staates	87
13.1.1.2 Ausmass der Beleihung mit Privatrechtsfähigkeit	89
(a) Relative Rechtsfähigkeit der Gebietskörperschaften	89
(b) Relative Rechtsfähigkeit von anderen Rechtspersonen des öffentlichen Rechts	90
13.1.2 Relative Parteifähigkeit der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen	92
13.2 Juristische Personen des Zivilrechts: Absolute oder relative Rechts- und Parteifähigkeit	93
13.2.1 Im allgemeinen	93
13.2.1.1 Zum Rechtsfähigkeitsbegriff	93
13.2.1.2 Zum Parteifähigkeitsbegriff	96
(a) Im allgemeinen	96
(b) Im besonderen: Relativer Parteifähigkeitsbegriff und die Lehre vom sog. Durchgriff	97
13.2.2 Im besonderen: Auf den Liquidationszweck beschränkte Rechts- bzw. Parteifähigkeit bei juristischen Personen in Liquidation	100

13.2.2.1 Im allgemeinen	100
13.2.2.2 Im besonderen: Bedeutung der Löschung im Handelsregister bei nicht abgeschlossener Liquidation	101
TEIL IV: PARTEIFÄHIGKEIT BEI FEHLENDER JURISTISCHER PERSÖNLICHKEIT	104
Kapitel XIV Parteifähigkeit von verwalteten Vermögensmassen	109
14.1 Relative Rechts- und Parteifähigkeit von Vermögensmassen des öffentlichen Rechts	109
14.1.1 Öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit	109
14.1.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Konkursmasse	111
14.1.2.1 Beschränkte Rechtsfähigkeit der Konkursmasse	111
14.1.2.2 Beschränkte Parteifähigkeit der Konkursmasse	112
14.1.3 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Nachlassmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung	115
14.2 Relative Rechts- und Parteifähigkeit von Vermögensmassen des Zivilrechts	117
14.2.1 Im allgemeinen	117
14.2.2 Im besonderen	119
14.2.2.1 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit des Nachlasses	119
(a) Beschränkte Rechtsfähigkeit des Nachlasses	119
(b) Beschränkte Parteifähigkeit des Nachlasses	120
14.2.2.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Vorstiftung und der nichtigen Stiftung	123
(a) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Vorstiftung	123
(b) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der nichtigen Stiftung	124
14.2.2.3 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit des Anlagefonds	125
(a) Beschränkte Rechtsfähigkeit des Anlagefonds	125
(b) Beschränkte Parteifähigkeit des Anlagefonds	127
Kapitel XV Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit	129
15.1 Erscheinungen im Gebiet des öffentlichen Rechts	129
15.1.1 Erscheinungen im Gebiet des öffentlichen Rechts i. e. S.	129
15.1.2 Die Gläubigergemeinschaft im Konkurs	130
15.2 Teilrechtsfähige und partiell parteifähige Personengemeinschaften des Privatrechts	131
15.2.1 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Rechtsgemeinschaften	131
15.2.1.1 Im allgemeinen	131
(a) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Rechtsgemeinschaften	131
(b) Beschränkte Parteifähigkeit der Rechtsgemeinschaften	133

15.2.1.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von bestimmten Rechtsgemeinschaftstypen im besonderen	136
(a) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft	136
(aa) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft	136
(ab) Beschränkte Parteifähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft	138
(b) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft	141
(ba) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft	141
(bb) Beschränkte Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft	142
(c) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der einfachen Gesellschaft	145
(ca) Beschränkte Rechtsfähigkeit der einfachen Gesellschaft	145
(cb) Beschränkte Parteifähigkeit der einfachen Gesellschaft	146
(d) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Körperschaften im Gründungsstadium	147
(da) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Körperschaften im Gründungsstadium	147
(db) Beschränkte Parteifähigkeit der Körperschaften im Gründungsstadium	150
(e) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	154
(ea) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	154
(eaa) Im allgemeinen	154
(eab) Im besonderen: Die Rechtsnatur der Personengesellschaften beim Durchlaufen der verschiedenen Entwicklungsstadien	156
(eaba) Entstehung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	156
(eabb) Beendigung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	157
(eb) Beschränkte Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	157
(eba) Im allgemeinen	157
(ebb) Im besonderen	163
(ebba) Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft beim Durchlaufen der verschiedenen Entwicklungsstadien	163
(ebbaa) Beschränkte Parteifähigkeit der entstehenden Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	163
(ebbab) Beendigung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	164
(ebbb) Insichprozesse	164
(ebbc) Nichtige Personengesellschaft	165



15.2.2	Nichtige juristische Personen	166
15.2.3	Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen	166
15.2.4	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der "Teile der juristischen Person"	168
15.2.4.1	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit öffentlich-rechtlicher Organe	168
15.2.4.2	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von von privatrechtlichen Organen	170
(a)	Allgemeines	170
(b)	Im besonderen	172
(ba)	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Organe i. e. S.	172
(baa)	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Verwaltung aufgrund von Art. 706, 808, 891 OR	172
(bab)	Fälle von nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten innerkörperschaftlichen Organstreiten	173
(bb)	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Zweigniederlassung	176
(bba)	Beschränkte Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung	176
(bbb)	Beschränkte Parteifähigkeit der Zweigniederlassung	180
(bc)	Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Sektionen	181
(bca)	Beschränkte Rechtsfähigkeit der Sektionen	181
(bcb)	Beschränkte Parteifähigkeit der Sektionen	183
(bd)	Exkurs: Zum Konzern und seinen abhängigen Gesellschaften	183
(bda)	Relative Rechtsfähigkeit des Konzerns sowie seiner abhängigen Gesellschaften	183
(bdb)	Relative Parteifähigkeit des Konzerns sowie seiner abhängigen Gesellschaften	184
TEIL IV:	INTERDEPENDENZ ZWISCHEN DER PARTEIFÄHIGKEIT UND BESTIMMTEN INSTITUTEN DES ERKENNTNIS- UND VOLLSTRECKUNGSVERFAHRENS	185
Kapitel XVI	Nebenparteien	186
16.1	Nebenintervention	186
16.2	Streitverkündung	188
Kapitel XVII	Streitgenossenschaft	190
17.1	Einfache Streitgenossenschaft	190
17.2	Exkurs: Notwendige Streitgenossenschaft	191
Kapitel XVIII	Parteiwechsel	193
Kapitel XIX	Zeugnisfähigkeit	197
Kapitel XX	Gerichtsstand und Parteifähigkeit	200

Kapitel XXI	Auferlegung von Prozesskautionen	203
Kapitel XXII	Abhängigkeit der Parteifähigkeit vom Klagegrund	204
Kapitel XXIII	Parteifähigkeit und materielle Rechtskraft	206
Kapitel XXIV	Parteifähigkeit und Vollstreckungsverfahren	209
24.1	Entscheide über die Sache	209
24.1.1	Parteifähigkeit und kantonalrechtliche Zwangsvollstreckung	209
24.1.2	Parteifähigkeit im Betreibungsverfahren	211
24.2	Vollstreckung der Kosten- und Entschädi- gungsfolge	214

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Auflage
a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AFG	BG über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenen- versicherung vom 20. Dezember 1946
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenen- versicherung vom 31. Oktober 1947
Anm.	Anmerkung, Fussnote
Art.	Artikel
BBl.	Schweizerisches Bundesblatt Bern
bearb.	bearbeitet
Bd.	Band
Bde.	Bände
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	(Deutsche) Gesellschaft bürgerlichen Rechts
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
Bsp.	Beispiel

BZP	BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
E	Erwägung
ebd.	ebenda
etc.	et cetera
ev.	eventuell
Ez.	Einzahl
f.	und folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
gl. M.	gleiche Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. A.	herrschende Ansicht
Hb.	Halbband
h. L.	herrschende Lehre
HR	Handelsregister
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
hsg./Hsg	herausgegeben/Herausgeber
i. e. S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
i. S.	in Sachen
i. V. m.	in Verbindung mit
IV	Invalidenversicherung
i. w. S.	im weiteren Sinne

Kt.	Kanton
Lfg.	Lieferung
lit.	litera = Buchstabe
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
Mz.	Mehrzahl
N	Note, Randnote
N.F.	Neue Fassung
OHG	(Deutsche)Offene Handelsgesellschaft
OR	BG über das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911/18.Dezember 1936
OW	Obwalden
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	BG über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 23. Juni 1944.
sc.	scilicet = d. h., nämlich
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sem.jud.	La Semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Karthothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und

Wirtschaftsrecht

SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
syst.	systematisch
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
z. Bsp.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins, Bern 1865ff
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zivilkammer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung, Zürich 1902ff
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

LITERATURVERZEICHNIS

- Amonn, Kurt.** Der Kollektivanlagevertrag bei Frank Vischer, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 277ff. (zit. Amonn, Kollektivanlagevertrag).
- Amonn, Kurt.** Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 3. überarb. A., Bern 1983.
- Bär, Rudolf.** Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG in Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, hsg. von Hans Merz und Walter R. Schluep, Bern 1980, S. 77 - 98.
- Bauer, Ulrich.** Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der AG. Ein Beitrag zu den Grundlagen des aktienrechtlichen Organstreits, Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 46, Köln Berlin Bonn München 1986.
- Beinert, Jörg.** Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 67, Basel 1967.
- Binder Bruno.** Der Staat als Träger von Privatrechten: Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 51, Wien/New York 1980.
- Birchmeier, Walter.** Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950.
- Bischofberger, Walter.** Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozesses, Diss. ZH, Zürich 1973.

Bloch, Konrad. Die Ungültigkeit von Familienstiftungen und ihre rechtlichen Folgen, SJZ 53 (1957) S. 1ff.

Blomeyer, Arwed. Zivilprozessrecht Vollstreckungsverfahren, Berlin Heidelberg New York 1975. (zit. Blomeyer, Zivilprozessrecht Vollstreckungsverfahren).

Blomeyer, Arwed. Zivilprozessrecht/Erkenntnisverfahren, Berlin Göttingen Heidelberg 1963. (zit. Blomeyer Zivilprozessrecht/Erkenntnisverfahren).

Blomeyer, Jürgen. Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZZP 81 (1968) S. 20 - 45.

Bötticher Eduard. Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964) S. 55ff.

Bosman, Aleidus Gerhard. Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, SSHW Bd. 76, Zürich 1984.

Brand, Ernst. Die Konkursmasse, SJK 999.

Bruns, Rudolf. Zivilprozessrecht, Eine systematische Darstellung, 2. neubearb. A., München 1979.

Buchda, Gerhard. Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandehre, Marburg 1936.

Bucher, Andreas. Personne physique et protection de la personnalité, Basel und Frankfurt a. M. 1985. (zit. Andreas Bucher).

Bucher, Eugen. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1: Personenrecht 2. Abt.: Die natürlichen Personen (Art. 11 - 26 ZGB), 3. A., Bern 1976.

Büttner, Hermann. Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, Schriften zum europäischen Zivil- Handels- und Prozessrecht, Bd. 44, Bielefeld 1967.

- Bullinger, Martin.** Oeffentliches Recht und Privatrecht, Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968.
- Egger, August.** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht (Art. 1 - 89 ZGB), 2. A., Zürich 1930.
- Egger, A.** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 2: Das Familienrecht 1. Abt. Das Eherecht (Art. 90 - 251 ZGB), 2. umgearb. A. Zürich 1936.
- Egger August.** Die rechtliche Natur der Sektionen eines Vereins, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen hsg. von Walter Hug, Bd. II, Zürich 1957, S. 17ff. (zit. Egger, Sektionen).
- Eichenberger, Kurt.** Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949.
- Engelmann, Arthur.** Der Civilprozess, Geschichte und System, Bd. 1, Breslau 1889. (zit. Engelmann Bd. 1).
- Engelmann, Arthur.** Der Deutsche Civilprozess, Bd. 3, Breslau 1901. (zit. Engelmann Bd. 3).
- Ennecerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 15. neubearb. A., Tübingen 1960.
- Fabricius, Fritz.** Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963.
- Fenn Herbert.** Zur aktiven Parteifähigkeit von gewerkschaftlichen Bezirksverbänden im Zivilprozess, ZZP (1973) S. 177ff.
- Fleiner-Gerster, Thomas.** Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1980.
- Forstmoser, Peter.** Schweizerisches Aktienrecht, Bd. 1/Lfg. 1, Grundlagen, Gründung und Aenderungen des Grundkapitals, Zürich 1981.

- Forstmoser, Peter.** Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht in FS für Arthur Meier-Hayoz, hsg. von Peter Forstmoser und Walter R. Schluep, Bern 1982, S. 125ff.
- Frei, Hansjörg.** Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. ZH, Zürich 1970.
- Fritzsche, Hans.** Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 2, Zürich 1968.
- Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich.** Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. überarb. und ergänzte A. Zürich 1984. (zit. Fritzsche/Walder).
- Gauch Peter.** Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechtes, Zürich 1974.
- Gauch Peter/Schluep Walter R./Jäggi Peter.** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum Bde I und II, 3. ergänzte, verbesserte und nachgeführte A., Zürich 1983. (zit. Gauch/Schluep/Jäggi).
- Giacometti, Z.** Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- Gilles, Peter.** Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt 1972.
- Grasshoff, Richard:** Die verselbständigten Vermögensmassen (Die dritte Rechtsperson) in FS für Ernst Heinitz, Berlin 1926, S. 124ff.
- Greyerz von, Christoph.** Die Aktiengesellschaft bei Werner von Steiger, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Frankfurt a. M. 1982 S. 1ff.
- Grossen, Jacques-Michel.** Das Recht der Einzelpersonen bei Max Gutzwiler, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel und Stuttgart 1967, S. 285ff.

- Grunsky, Wolfgang.** Grundlagen des Verfahrensrechts, Eine vergleichende Darstellung von ZPO, VWGO, FGO, SGG, 2. Neubearb. A., Bielefeld 1974. (zit. Grunsky, Grundlagen).
- Grunsky, Wolfgang.** Prozess- und Sachurteil, ZZP 80 (1967) S. 55ff.
- Grunsky, Wolfgang.** Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechtes, 3. Neubearb. A., Tübingen 1983. (zit. Grunsky, Grundzüge).
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer Max.** Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 7. bereinigte A., Zürich 1980.
- Guldener, Max.** Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, Referat in ZSR 80 (1961) S. 1ff.
- Guldener, Max.** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. verbesserte und vermehrte A., Zürich 1979.
- Gutzwiller, Max.** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung (Art. 828 - 878 OR), Zürich 1972.
- Gygi, Fritz.** Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. überarb. A., Bern 1983.
- Habscheid, Walther J.** Zum Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Sonderdruck aus Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1984, S. 173ff.
- Habscheid, Walter J.** Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 (1978) S. 201ff.
- Häfelin, Ulrich.** Die Rechtspersönlichkeit des Staates, Tübingen 1959.
- Hänzi, Brigit.** Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 39, Zürich 1979.

- Haftner, Ernst.** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1, Personenrecht (Art. 11 - 89 ZGB), 2. A. Bern 1919.
- Halter, Fritz.** Verbände und Sektionen in ihrem gegenseitigen Verhältnis nach schweizerischem Vereinsrecht, Diss. Bern, Bern 1946.
- Hangartner, Yvo:** Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2: Grundrechte, Zürich 1982.
- Hanisch, Hans.** Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 64, Frankfurt a. M., 1973.
- Haubensak, Urs.** Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 14, Zürich 1975.
- Hauser, Willy/Hauser, Robert.** Kommentar zum Gerichtsverfassungs-gesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 1978.
- Hefele, Hans-Richard.** Der Nasciturus im Zivilprozess, Diss. München 1949.
- Heini, Anton.** Die Vereine im Schweizerischen Privatrecht, bei Max Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, S. 515ff.
- Hellwig, Konrad.** Anspruch und Klagerecht (Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1924), Aalen 1967.
- Henckel, Wolfram.** Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, N. F. 8, Heidelberg 1961.
- Hennecke, Bernd.** Das Sondervermögen der Gesamthand, Berlin 1976.
- Holenstein, Peter.** Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 17, Zürich 1976.

- Holzhammer, Richard.** Parteienhäufung und einheitliche Streitpartei, Wien New York 1966. (zit. Holzhammer, Parteienhäufung).
- Holzhammer, Richard.** Oesterreichisches Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Wien New York 1976. (zit. Holzhammer, Oesterreichisches Zivilprozessrecht).
- Huber, Ulrich.** Die Parteifähigkeit der Personengesellschaft des Handelsrechts und ihr Wegfall während des Prozesses, ZJP 82 (1969) S. 224ff.
- Max Imboden/René A. Rhinow.** Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bd. II: Besonderer Teil, Basel und Stuttgart 1976. (zit. Imboden/Rhinow).
- Jäger, Ernst.** Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess, Aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Rudolph Sohm, München/Leipzig 1915.
- Jauernig, Othmar.** Zivilprozessrecht, Ein Studienbuch, 20. völlig neubearb. A. des von Friedrich Lent begründeten Werkes, München 1983.
- Kälin, Franz.** Kissling, Anton. Partei- und Prozessfähigkeit der öffentlichen Anstalten und Körperschaften, ZBl 63 (1962) S. 249ff.
- Kleffmann, Norbert.** Unbekannt als Parteibezeichnung, Zivilprozessuale Möglichkeiten und Grenzen dargestellt am Beispiel einer auf Räumung gerichteten einstweiligen Verfügung gegen Hausbesetzer, Frankfurt a. M. 1983.
- Knapp, Blaise.** Grundlagen des Verwaltungsrechtes, Deutschsprachige Ausgabe der 2. überarb. A. übersetzt von Suzanne Ballansat, Basel und Frankfurt a. M. 1983.
- Kölz, Alfred.** Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959).

- Küchler, Remigius.** Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium in Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, hsg. von Max Boemle, Willi Geiger, Mario M. Pedrazzini, Zürich 1971, S. 229ff.
- Kummer, Max.** Grundriss des Zivilprozessrechts. Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. auf den neuesten Stand der Gesetzgebung gebrachten A., Bern 1984.
- Kunz, Romano.** Ueber die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss. Bern 1963.
- Lemp, Paul.** Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt., 2.Hb: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das Güterrecht der Ehegatten (Art. 159 - 251 ZGB), 3. A., Bern 1968.
- Lindacher, Walter F.** Die Scheinhandelsgesellschaft im Prozess und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 96 (1983) S. 486ff.
- Liver, Peter.** Das Eigentum bei Arthur Meier-Hayoz, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 1ff.
- Liver, Peter.** Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV 100 (1964) S. 261ff.
- Martz, Ernst.** Die Gläubigerversammlung, SJK Nr. 1004.
- Maurer, Hans.** Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, Diss. Zürich, Aarau 1953.
- Mayer, Otto.** Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. A., München und Leipzig 1924, S. 329.
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser Peter.** Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. überarb. und nachgeführte A., Bern 1981. (zit. Meier-Hayoz/Forstmoser).
- Mengiardi, Reto.** Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, Diss. Bern, Bern 1972.

- Michaelis; Karl** Die Ueberwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit in: "Deutsche Rechtswissenschaft", 2. Bd., Hamburg 1937, S. 301ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram.** Zur Lehre vom sog. "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP N.F. 36 (1957) S. 522ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram.** Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955. (zit. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft).
- Näf, Ruth.** Die Prozessvollmacht des gewillkürten und des nach Privatrecht bestellten gesetzlichen Vertreters im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 1952.
- Nater, Urs Andrea.** Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1978.
- Neumann, Frank.** Die Rangordnung der Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im Zivilprozess, Diss. Berlin, München 1965.
- Nikisch, Arthur.** Zivilprozessrecht, Ein Lehrbuch, Tübingen 1950.
- Patry, Robert.** Précis de droit suisse des sociétés, Vol. I, Berne 1976.
- Pedrazzini, Mario M.** Grundriss des Personenrechts, 2. überarb. und ergänzte A., Bern 1985.
- Pillichody, H.** Bernischer Zivilprozess, Theorie und Praxis der Gerichte nach den von 1864 ~ 1904 publizierten Entscheiden, Bern 1907.
- Pohle, Rudolf.** Zur Rangordnung der Prozessvoraussetzungen, ZJP 81 (1968) S. 161ff.
- Reich, Werner A.** Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Diss. Zürich, Zürich 1941.
- Riemer, Hans Michael.** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Personenrecht 3. Abt.: Die juristischen Personen 3. Tb.: Die Stiftungen (Art. 80 - 89 bis ZGB), Bern 1975.
- Rimmelpacher, Bruno.** Zur Prüfung von Amtes wegen im Zivilprozess.

- Rittner, Fritz.** Rechtsperson und juristische Person, Freiheit und Verantwortung im Recht, FS zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, hsg. von Peter Forstmoser und Walter R. Schluep, Bern 1982, S. 331ff.
- Rohrer, Kuno Walter.** Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz.** Zivilprozessrecht, 13. neuberarb. A., München 1981.
- Roth-Grosser, Elisabeth.** Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung Zivilprozessrecht - Bundesprivatrecht, Diss. Zürich, Zürich 1981.
- Sand, Marc.** Partei- und Prozessfähigkeit im bernischen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren, Diss. Bern, Bern 1966.
- Schätzle, Reinhold.** Das Kind im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung als selbständig handelnde Partei (am Beispiel der zürcherischen Zivilprozessordnung), Diss. Zürich, Zürich 1982.
- Schiller, Torsten.** Die Rechtsstellung der OHG im Zivilprozess, Diss. Frankfurt a. M., Crailsheim 1968.
- Schmidt, Karsten.** "Insichprozesse" durch Leistungsklagen in der Aktiengesellschaft, ZJP 92 (1979) S. 212ff.
- Schoch, Hans.** Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Diss. Zürich, Zürich 1940.
- Schurter Emil/Fritzsche Hans.** Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich 1924.
- Siegwart, Alfred.** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht 4. Teil: Personengesellschaft (Art. 530 - 619 OR), Zürich 1938.

- Spinner, Hermann.** Die Rechtsstellung des Nachlasses in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung (ZGB 517,554, 595/602III), Diss. Zürich, Winterthur 1966.
- Stähelin, Ernst.** Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone, Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A: Privatrecht, Bd. 2, Basel und Frankfurt a. M. 1981.
- Steiger von, Werner.** Die Personengesellschaft bei Werner von Steiger, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S. 315ff.
- Steiger von, Werner.** Die Handelsgesellschaften im Internationalen Privatrecht, ZBJV 64 (1931) S. 305ff.
- Steiner E.** Die gerichtliche Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktionäre, SAG 10 (1937) S. 133ff.
- Sträuli, Hans/Messmer, Georg.** Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget, 2. A. Zürich 1982.
- Sträuli, Thomas.** Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im Zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard.** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A. neu bearb. von B. Schnyder, Nachdruck 1979, Zürich 1979.
- von Tuhr, Andreas,/Escher, Arnold.** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3.. neuberarb. A., Zürich 1974.
- Vogel, Oskar.** Grundriss des Zivilprozessrechtes, Bern 1984.
- Vogelsang, Alfred E.** Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse, Thèse Lausanne, Montreux 1931.
- Wach, Adolf.** Handbuch des Deutschen Civilprozessrechtes I, Leipzig 1885.

- Walder, Hans-Ulrich.** Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966. (zit. Walder, Prozesserledigung).
- Walder-Bohner, Hans Ulrich.** Tafeln zum Zivilprozessrecht, 2. vollständig überarb. und erweiterte A., Zürich 1982. (zit. Walder, Tafeln).
- Walder-Bohner, Hans Ulrich.** Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3. überarb. A. Zürich 1983. (zit. Walder).
- Weber, Rolf H.** Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, SJZ 75 (1979) S. 117ff.
- Wieczorek, Bernhard.** Zivilprozessordnung und Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1960.
- Wolf, Elias.** Zum Wesen des Anlagefonds, SJZ 74 (1978) S. 373.

VORWORT

Eine Auseinandersetzung mit dem zivilprozessualen Parteifähigkeitsbegriff rührt notwendigerweise an die Grundlagen des Zivilprozessrechtes, gilt es doch einen zivilprozessualen Grundbegriff neu zu überdenken. Infolge der engen Verwandtschaft der Parteifähigkeit im Zivilprozess mit dem zivilrechtlichen Rechtsfähigkeitsbegriff stellt aber eine grundsätzliche Erörterung des Parteifähigkeitsbegriffes gleichzeitig auch den zivilrechtlichen Grundbegriff in Frage. Ein Angriff auf die theoretische Konzeption dieser beiden Grundbegriffe begegnet naturgemäss vielfachen Widerständen. Zum einen stellt sich die etablierte Lehrmeinung gebieterisch in den Weg, zum anderen steht einem neuen theoretischen Lösungskonzept die Theorienmüdigkeit der heutigen Zeit entgegen. Wenn in der vorliegenden Arbeit eine Hinterfragung dieser beiden Grundbegriffe gewagt wird, so geschieht dies nicht zuletzt deshalb, weil die vertretene Ansicht auf eine neuere, mehr und mehr an Boden gewinnende Lehrmeinung gestützt werden kann. Zu einer neuen Theorie wird Zuflucht genommen, weil die Feststellung gemacht werden muss, dass das Festhalten an einem überholten Lösungsmodell, zu einer Theorie- und Konzeptlosigkeit in der Lehre geführt hat. Die Praxis hat sich inzwischen mit Praktikabilitätsabwägungen beholfen und so mit Einschränkung befriedigende Lösungen erzielt. Der von der Praxis teilweise vorgezeigte Weg ist für die neuere Lehre richtungsweisend. Praxis und Theorie werden durch das neue Lösungsmodell wieder zueinander in Tuchfühlung gebracht.

Dies erscheint als notwendig, denn, obschon sich die Praxis bisher ohne Rückenstärkung durch einen theoretischen Unterbau leidlich hat arrangieren können, harren noch zahlreiche Probleme einer befriedigenden Lösung, zu welcher sich die Gerichte aber nur durchringen, wenn sie die dazu notwendigen Impulse aus der Theorie erhalten. Die vorliegende Arbeit versucht durch die Abkehr vom absoluten Rechts- und Parteifähigkeitsbegriff und durch die Hinwendung zu einem relativen Rechts- und Parteifähigkeitsbegriff solche Impulse zu geben.

Teil 1

BEGRIFF UND GRUNDLEGUNG

Kapitel I

PARTEIBEGRIFF UND PARTEIFÄHIGKEIT

In der Lehre hat sich der formelle Parteibegriff allgemein durchgesetzt, wonach Parteien im Zivilprozess diejenigen sind, von welchen und gegen welche im eigenen Namen der staatliche Rechtsschutz begehrt wird.¹ Dabei handelt es sich um einen rein formalen, prozessrechtlichen Begriff, der von dem dem Prozess zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ganz absieht.² Unter diesen abstrakten, an das formale Moment der Anspruchsbehauptung anknüpfenden Parteibegriff³ fällt sowohl die parteifähige als auch die parteiunfähige Partei. Selbst rechtlich nicht existente Gebilde fallen unter den so verstandenen Parteibegriff, da danach die Möglichkeit, Partei eines Prozesses zu sein, zunächst tatsächlicher Natur ist und für jedermann besteht.⁴

Der Begriff der Parteifähigkeit ist demgegenüber enger gefasst. Parteifähigkeit ist die prozessuale Berechtigung als Partei im Prozess aufzutreten.⁵ Statt von parteiunfähiger Partei könnte, weil in sprachlicher Hinsicht eine *contradictio in adiecto* vorliegt, von einer faktischen Partei gesprochen werden, wobei man sich aber bewusst sein muss, dass auch bei einer faktischen Partei ein Prozessrechtsverhältnis entsteht,

¹ Stähelin S. 26.

² Reich S. 20.

³ Stähelin S. 26.

⁴ Reich S. 22.

⁵ Guldener S.125.

welches notwendigerweise in einem Prozessurteil seinen Abschluss finden muss. Unverzichtbare Voraussetzung der Zulässigkeit einer Sachentscheidung ist das Auftreten einer parteifähigen Partei im Prozess.⁶ Reich⁷ hat darin den formellen Inhalt der Parteifähigkeit gesehen.

⁶ Keine Regel ohne Ausnahme, vgl. unter Kapitel IX hiernach.

⁷ Reich S. 22f.

Kapitel II

ABGRENZUNG DER PARTEIFÄHIGKEIT VON DER RECHTSFÄHIGKEIT

2.1 Problem

In der Literatur wird des öfteren von der Parteifähigkeit als prozessualem Analogon der Rechtsfähigkeit⁸ oder von der Parteifähigkeit als prozessualem Abbild der Rechtsfähigkeit⁹ gesprochen. Das Bundesgericht hat von der Parteifähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit gesprochen.¹⁰ Obschon diese Umschreibung eine Deckungsgleichheit der beiden Begriffe impliziert, geht nach einer verbreiteten Auffassung der Begriff der Parteifähigkeit über den Begriff der Rechtsfähigkeit hinaus, indem auch rechtsunfähigen Gebilden Parteifähigkeit zuerkannt wird.¹¹ Welchen rechtsunfähigen Gebilden im einzelnen die Parteifähigkeit zuzuerkennen ist, darüber bestehen jedoch in Rechtssprechung¹² und Lehre¹³ unterschiedliche Auffassungen. Damit verbunden ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die sich beim Auftreten solcher im Grenzbereich liegender Erscheinungen vor Gericht bemerkbar macht. Die allgemeine Verunsicherung bei der Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde wird noch dadurch akzentuiert, dass man sich über die Frage, in wel-

⁸ Bucher, Komm zu Art. 11 ZGB N. 31.

⁹ Kummer S. 62.

¹⁰ BGE 42 II 555 obiter.

¹¹ Bucher, Komm. zu Art. 11 ZGB N. 80ff; Vogel S. 85 N. 4ff.

¹² Zur Kollektivgesellschaft (als Bsp.): BGE 81 II 361 E. 1 geht von der Parteifähigkeit der Kollektivgesellschaft aus; widersprechend ZR 81 (1982) Nr. 26 S. 73 - 75.

¹³ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 20.

chen Regelungsbereich - ob es sich dabei um eine Frage des Bundesprivatrechts oder der kantonalen Zivilprozessrechte handelt, oder ob es um den Bereich jener zivilprozessualen Normen geht, in denen der Bund zur Legiferierung berechtigt ist, da nur so die einheitliche Anwendung des Bundesprivatrechts in der ganzen Schweiz gewährleistet werden kann - dieser Problemkreis fällt, im unklaren ist.

2.2 Gegenseitige Abhängigkeit der beiden Begriffe

Die notwendige Parallelität zwischen dem Begriff der Parteifähigkeit und dem Begriff der Rechtsfähigkeit wird bei allen Vertretern der Lehrmeinung, welche die Möglichkeit von parteifähigen aber rechtsunfähigen Gebilden bejahen und welche den Ausdruck "beschränkte Parteifähigkeit"¹⁴ gebrauchen, ausser acht gelassen: Ein (beschränkt) parteifähiges aber rechtsunfähiges Gebilde hat, wenn alle übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, Anspruch auf ein Sachurteil. Eine Gutheissung der Klage infolge Begründetheit des Rechtsbegehrens zugunsten oder zulasten eines rechtsunfähigen Gebildes ist aber immer ausgeschlossen, da eine rechtsunfähige Erscheinung nie in der Sache selber (weder aktiv noch passiv) legitimiert sein kann. Weshalb kann ein rechtsunfähiges Gebilde nie zur Sache legitimiert sein? Sachlegitimation bedeutet gemäss herrschender und unbestrittener Definition materiell rechtliche Zuständigkeit hinsichtlich des im Streit stehenden Rechtsverhältnisses, setzt also Rechtsfähigkeit voraus.¹⁵ Fehlende Aktiv- oder Passivlegitimation hat gemäss herrschender Lehre immer die materielle Abweisung der Klage zur Folge.¹⁶ Prozesse mit parteifähigen aber rechtsunfähigen Gebilden auf der Kläger- oder der Beklagten Seite wären somit konsequenterweise, wenn man am heute herrschenden Begriff der Sachlegitimation festhält,

¹⁴ Als Beispiel in neuester Zeit: Vogel S. 87 N. 15.

¹⁵ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 42; Sträuli/Messmer § 27/28 N. 19.

¹⁶ Walder § 25 Anm. 4 S. 272.

in der Sache zwangsläufig zum Scheitern verurteilt, weil die Klage von oder gegen solche Gebilde immer unbegründet ist: Es kann immer nur ein negatives, nie aber ein positives Sachurteil ergehen. Dies kann nun aber sicher nicht der Sinn dafür sein, dass die Teilnahme solcher rechtsunfähiger Gebilde als parteifähige Prozesssubjekte an Prozessen in zunehmendem Masse zugelassen worden ist. In der Tat sind denn auch in der Judikatur Fälle anzutreffen, wo sich das Gericht über den herrschenden Begriff der Sachlegitimation hinweggesetzt hat.¹⁷

Diese Abhängigkeit des Begriffes der Parteifähigkeit vom Begriff der Rechtsfähigkeit macht eine Auseinandersetzung mit dem heute herrschenden Begriff der Rechtsfähigkeit erforderlich.

2.3 Auseinandersetzung mit den Begriffen der Parteifähigkeit und der Rechtsfähigkeit

2.3.1 Allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit

Definiert wird die Rechtsfähigkeit als Zurechenbarkeit von Rechten und Pflichten.¹⁸ Dabei versteht die herrschende schweizerische Rechtsdoktrin unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit eine allgemeine, gleiche, absolute und umfassende.¹⁹

Wie sieht nun die gesetzliche Regelung aus? Gemäss Art. 11 Abs. 2 ZGB besteht für alle Menschen in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Art. 31 Abs. 2 ZGB statuiert die bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus. Nach Art. 53 ZGB (Marginale: Rechtsfähigkeit) ist die juristische Person aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen

¹⁷ Vgl. z. Bsp. BGE 33 II 378 E. 3.

¹⁸ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 30.

¹⁹ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 11/N. 22/N. 49.

Voraussetzung haben. Nach Art. 539 Abs. 1 ZGB (Marginale "Rechtsfähigkeit") ist jedermann fähig, Erbe zu sein und aus Verfügungen von Todes wegen zu erwerben, sobald er nicht nach Vorschrift des Gesetzes erbunfähig ist.

Obschon der Wortlaut dieser ZGB-Bestimmungen eine gewisse Relativierung der Rechtsfähigkeit impliziert, wurde nach der herrschenden Lehre sowohl die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person als auch in gewissem Ausmass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person verabsolutiert.²⁰ Nach der h. L. kann ausschliesslich natürlichen und juristischen Personen Rechtsfähigkeit zukommen.²¹ Teilrechtssubjekte werden ausgeschlossen, da sie mit dem herrschenden Rechtsfähigkeitsbegriff unvereinbar sind. Nicht rechtsfähigen Gebilden können unter keinem Rechtstitel Rechte anfallen oder zugerechnet werden. Wenn nichtrechtsfähige Gebilde aufgrund des Gesetzeswortlautes als berechtigt und verpflichtet bezeichnet werden, so ist dies gemäss h. L. oft bloss eine besondere Art der Umschreibung der Berechtigung oder Verpflichtung von hinter den Gebilden stehenden Personen.²²

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass es nur infolge einer scharfen begrifflichen Trennung zwischen der Rechtsfähigkeit und der Handlungsfähigkeit, welche ursprünglich eine Einheit bildeten, zu einer

²⁰ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 51 und N. 119.

²¹ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 58 - N. 64.

²² Bucher zu Art. 11 ZGB N. 65; für das Recht kann die Frage nach der rechtlichen Einheit aber nur aus den Rechtsnormen entnommen werden (Fabricius S. 64). Das Abgehen vom klaren Wortlaut gewisser Gesetzesbestimmungen, welche bestimmte Gebilde hinsichtlich gewisser einzelner Rechtsbeziehungen eindeutig als Zuordnungssubjekte behandeln, erscheint m.E. daher als problematisch. Die Anhänger des Zuordnungsdualismus scheinen m.E. der subjektiv historischen Auslegung absolute Priorität einzuräumen und zu vergessen, dass der zeitgemässen teleologischen Interpretation sowie einer auch an der Rechtswirklichkeit orientierten Auslegung grosse Bedeutung zukommt. Fabricius (S. 201) stellt in diesem Zusammenhang die These auf, dass die Rechtsfähigkeit lediglich eine Abstraktion aus einzelnen Rechtssätzen darstellt und dass man jeweils die Frage zu stellen hat, ob eine Rechtsnorm ihrem Sinn und Zweck nach auf ein Subjekt anzuwenden ist.

derartigen Verabsolutierung der Rechtsfähigkeit kommen konnte. Anstatt bei der Rechtsfähigkeit sind nach dem geltenden Begriffssystem einfach bei der Handlungsfähigkeit Relativierungen vorgenommen worden.²³ Dies konnte aber auch nicht strikt durchgeführt werden. Egger ²⁴ hat u. a. darauf hingewiesen, indem er ausführte, dass das Alter von Bedeutung vor allem für die Handlungsfähigkeit sei. Denn diese stehe in Frage, wenn der Person bestimmte Rechte, welche eine persönliche Ausübung erfordern, überhaupt erst nach Erlangung eines bestimmten Alters zugänglich sind. Die Problematik der heutigen Grenzziehung zwischen den Begriffen der Handlungsfähigkeit und der Rechtsfähigkeit kann auch anhand der Eheunfähigkeit der Geisteskranken illustriert werden.²⁵

2.3.2 Allgemeine und gleiche Parteifähigkeit

Die frühere Lehre kannte die an die Rechtsfähigkeit gebundene Parteifähigkeit nicht sondern ging vom sog. Begriff der Gerichtsstandschaft aus.²⁶ Betrachtet man den Begriff der Parteifähigkeit um die Jahrhundertwende herum, so begegnet man der Auffassung, dass nur rechtsfähige Wesen einander im Zivilprozess gegenüberstehen können. Dabei ist von einer Deckungsgleichheit der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit ausgegangen worden.²⁷ Rechts- und Parteifähigkeit waren danach gleichbedeutend mit Rechtspersönlichkeit: "Partei kann nur sein, wer Parteifähigkeit besitzt, d. h. wer in Privatrechtsverhältnissen stehen,

²³ Fabricius S. 26.

²⁴ Egger zu Art. 11 ZGB N. 12.

²⁵ Tuor/Schnyder S. 63.

²⁶ Fabricius S. 16 mit Hinweisen.

²⁷ Engelmann Bd. 3 S. 190.

Rechtssubjekt sein kann. Denn von dem, der weder Rechte noch Pflichten haben kann,²⁸ ist von vornherein klar, dass weder er einen Anspruch haben, noch dass gegen ihn ein Anspruch gerichtet werden kann.²⁹³⁰ Bei rechtsunfähigen Personenmehrheiten stellte Engelmann lediglich eine vom Gesetz gewährte Erleichterung mit Bezug auf die Parteibezeichnung fest.³¹ Sehr früh taucht in der Literatur jedoch der Begriff der "formellen Parteifähigkeit" auf. In der Schweiz verwendeten Schurter/Fritzsche³² die Umschreibung "formelle Parteifähigkeit". Sie erkannten der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und noch anderen der Persönlichkeit ermangelnden Gebilden formale Parteifähigkeit zu.³³ Die Unterscheidung in eine materielle und eine formelle Parteifähigkeit ist in der Literatur auf Ablehnung gestossen.³⁴ Zu betonen ist, dass diese Unterscheidung die systematische Unstimmigkeit mit der vom materiellen

²⁸ Mit dieser Umschreibung ist die fehlende Rechtsfähigkeit angesprochen.

²⁹ Mit dieser Umschreibung ist m.E. die fehlende Sachlegitimation angesprochen.

³⁰ Engelmann Bd. 1 S. 38.

³¹ Engelmann ebd. S. 38.

³² Schurter/Fritzsche S. 486f.

³³ Schurter/Fritzsche ebd. S. 487. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Schurter/Fritzsche entgegen der heutigen Unterscheidung in einen formalen Parteibegriff und in einen davon unabhängigen Parteifähigkeitsbegriff (s. unter Kapitel I hiervor) diese beiden Begriffe in eine heute ungeläufige Verbindung setzten: Sie unterschieden

einen materiellen Parteibegriff, nach welchem die Parteifähigkeit in der allgemeinen privatrechtlichen Rechtssubjektivität bestand und einen formellen Parteibegriff, dem die besondere Eigenschaft der Partei in eigenem Namen klagen oder verklagt werden zu können wesentlich ist, welcher auf Personenmehrheiten und Vermögensmassen ausgedehnt werden könne. Geläufig ist aber die Abgrenzung des materiellen und formellen Parteibegriffes, wie sie bei Stähelin (S. 22/23 und S. 25/26) prägnant zusammengefasst ist. Dem materiellen Parteibegriff nach Schurter/Fritzsche entspricht nur die rechtsfähige Partei, welche aber nicht unbedingt zur Sache legitimiert zu sein braucht. Der aus dem römischen Recht stammende materielle Parteibegriff (Stähelin S. 22 mit weiteren Hinweisen) setzt aber Sachlegitimation voraus. Diese übereinstimmende Bezeichnung von unterschiedlichen Begriffen ist unglücklich.

³⁴ Kälén Fn. 11 S. 98/99.

Recht bestimmten, Rechtsfähigkeit voraussetzenden Sachlegitimation auch nicht aus der Welt schaffen kann.

Das Zurückverfolgen des Parteifähigkeitsbegriffes in die Vergangenheit sollte zeigen, dass seit dem Aufkommen des Parteifähigkeitsbegriffes immer eine starke Tendenz bestanden hat, diesen Begriff über den Begriff der Rechtsfähigkeit hinaus auf rechtsunfähige Gebilde auszuweiten. Dabei hat man die Unvereinbarkeit von rechtsunfähigen aber parteifähigen Gebilden mit dem herrschenden materiellrechtlichen Begriff der Sachlegitimation immer ausser acht gelassen. Dieser Umstand scheint m.E. darauf hinzuweisen, dass der Kreis der vom materiellen Recht bestimmten Rechtssubjekte (ausschliesslich natürliche und juristische Personen) sich im Prozessrecht seit jeher als zu eng erwiesen hat. Die Prozessrechtler haben dabei versucht, sich diesem unpraktikablen und nicht an der Rechtswirklichkeit orientierten Begriffskonzept der Rechtsfähigkeit zu entziehen und haben sich dabei in begriffliche Widersprüche verwickelt. Mehr oder weniger dieser begrifflichen Unstimmigkeit gewahr werdend ist im Prozessrecht auf ein widerspruchsfreies Begriffssystem verzichtet worden. So heisst es etwa, dass im Prozessrecht aus praktischen Gründen der Parteifähigkeitsbegriff auf rechtsunfähige Erscheinungen ausgedehnt worden sei.³⁵

Aus all diesen Gründen kann m. E. nicht von einer Parallelität in der Begriffsbildung bei der Rechts- und Parteifähigkeit ausgegangen werden. Den Prozessrechtlern ist es nicht wie den Zivilrechtlern gelungen, anhand eines verabsolutierten Begriffes an in hohem Masse durch den Gesetzgeber verselbständigten, aber nach der h. L. rechtsunfähigen Gebilden vorbeizugehen.

³⁵ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 32.

2.3.3 Relativität der Rechtsfähigkeit

Trotz der h. L. mit ihrer abstrakten und umfassenden Rechtsfähigkeit, welche nur Rechtssubjekten (natürlichen und juristischen Personen) zukommt, sind in der schweizerischen Literatur während aller Zeiten immer wieder Anläufe unternommen worden, den Begriff der Rechtsfähigkeit zu relativieren. Da die Rechtsfähigkeit nach der h. L. immer an die Person im Rechtssinne anknüpft, sind in diesem Zusammenhang auch die positivistischen Ausführungen von Hafter³⁶ interessant. Person im Rechtssinne ist danach stets ein Rechtsbegriff und die Rechtsordnung und nicht die Natur bestimmt, wer Personenqualität haben soll. Alle Wesen seien erst von Rechtes Gnaden "Person" und so sei auch der Mensch eigentliche "juristische" Person. - Bekanntlich haben später die Auswüchse der Nazizeit, die u. a. auch über eine Relativierung der Rechtsfähigkeit (Rechtlosigkeit der Juden) legalisiert worden sind³⁷, zu einer Renaissance von naturrechtlichem Gedankengut und damit zur Verabsolutierung des Personenbegriffes und des Rechtsfähigkeitsbegriffes geführt.

Wiederholt wurden im weiteren im Bestreben, rechtsunfähigen Personengemeinschaften und Vermögensmassen eine Teilrechtsfähigkeit zu verschaffen, Relativierungen der Rechtsfähigkeit unternommen. So ermöglicht die kritische Methode nach Egger³⁸ eine unbefangene Beantwortung der Fragen nach einer bloss teilweisen Zuerkennung juristischer Persönlichkeit und nach Durchbrechungen der Einheitsbehandlung. Danach weist die kritische Methode den Richter auch an, die Einreihung einer jeden Verbandsart in die Stufenfolge der Verselbständigung für die verschiedenen rechtlichen Beziehungen in jedem Fall selbständig vorzunehmen. Mit der Zuerkennung der Rechtssubjektivität an Gebilde, die keine

³⁶ Hafter S. 104 N. 1 und S. 205 N. 4.

³⁷ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 135; Michaelis S. 301ff.

³⁸ Egger, Komm. zu Art. 1 - 89 ZGB S. 349 N. 12.

juristische Person sind, würde nach Mengiardi ³⁹ zwar das allgemein anerkannte System der Rechtssubjekte verlassen. Doch würde seines Erachtens durch die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit an Rechtsgemeinschaften - allgemein an Gebilde, die keine juristische Persönlichkeit besitzen - die systematische Zwangsjacke abgestreift und so das Verständnis für diese Erscheinungen mächtig gefördert. Spinner⁴⁰ hält es für widersinnig infolge der Zuerkennung des Höchstmasses der Personifikation an die juristische Person, geringere Personifikation völlig auszuschliessen. In neuerer Zeit haben auch Meier-Hayoz/Forstmoser ⁴¹ eine zunehmende Relativierung im Verständnis der Rechtssubjekte konstatiert. Sie sehen den Ursprung der Wandlung des Begriffes der juristischen Person in der modernen normativen Rechtsauffassung, wonach nur Menschen eigentliche Adressaten von Normen sein können und deshalb juristische Personen nur eine Zwischenstufe in diesem Vorgang der Regelung menschlichen Verhaltens darstellen. Damit werde die juristische Person in eine Linie mit den anderen Personenverbindungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit gestellt und erscheine als von diesen nicht qualitativ sondern bloss im Ausmass der Verselbständigung der Organisationsform verschiedenen. Die sogenannte Rechtspersönlichkeit der juristischen Person werde dadurch relativiert, ihres "Mythos" entkleidet und nur noch als technischer Kunstgriff zur Darstellung eines bestimmten, vom Gesetzgeber gewollten Resultates erkannt.

Trotz dieser verschiedenen recht willkürlich herausgegriffenen Ansätze für eine Relativierung der Rechtsfähigkeit ist in der Lehre die abstrakte umfassende Rechtsfähigkeit, welche nur Rechtssubjekten (natürlichen und juristischen Personen) zukommt, noch herrschend.⁴² Im

³⁹ Mengiardi S. 44ff.

⁴⁰ Spinner S. 81.

⁴¹ Meier-Hayoz/Forstmoser S. 56 N. 28.

⁴² Vgl. unter 2.3.1 hiavor.

Gerichtsalltag sieht man sich jedoch oft mit verselbständigten Gebilden ohne Rechtspersönlichkeit konfrontiert, auf welche zum Teil das Institut der notwendigen Streitgenossenschaft anzuwenden wäre. Da sich dieses Institut aber im modernen Rechtsalltag mehrheitlich als schwerfällig, formalistisch und antiquiert erweist, ist in diesem Zusammenhang die Tendenz der Gerichte⁴³, die Parteifähigkeit auf rechtsunfähige Gebilde auszudehnen, eine begreifliche Entwicklung. Am umfassendsten und konsequentesten ist im übrigen das Phänomen der Relativität der Rechtsfähigkeit in der deutschsprachigen Literatur wohl von Fabricius ⁴⁴ bearbeitet worden, weshalb für weitere Fragen zu diesem Gebiet auf diese Habilitationsschrift verwiesen werden kann.

2.3.4 Relativität der Parteifähigkeit

Wie schon mehrfach erwähnt worden ist, wird nach einer verbreiteten Auffassung rechtsunfähigen Gebilden eine beschränkte Parteifähigkeit zuerkannt.⁴⁵ Es ist auch von Zuerkennung von Parteifähigkeit an nicht rechtsfähige Erscheinungen in bestimmtem Umfang ⁴⁶ die Rede. Was bezüglich des Rechtsfähigkeitsbegriffes von der h. L. abgelehnt wird, beginnt sich bezüglich des Parteifähigkeitsbegriffes allmählich durchzusetzen: eine graduelle Abstufung der Parteifähigkeit je nach dem Ausmass der Verselbständigung der betreffenden Erscheinung. Eine solche Begriffsentwicklung muss sinnvollerweise ⁴⁷mit einer neuen Definition der Sachlegitimation einhergehen.⁴⁸ Wer eine begriffliche Loslösung der Sachlegitimation vom heute herrschenden Rechtsfähigkeitsbegriff ablehnt, dem

⁴³ Vgl. als Bsp. Pra 73 N. 89.

⁴⁴ Vgl. Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit.

⁴⁵ Vgl. etwa Vogel S. 87 N. 15.

⁴⁶ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 80.

⁴⁷ Vgl. unter 2.2 hienvor.

⁴⁸ Vgl. unter 4.1 hiernach.

bleibt konsequenterweise nur der Weg offen, den praktischen Erfordernissen mit der vermehrten Zulassung von Sammelbezeichnungen für Parteien gerecht zu werden. Ob dies eine befriedigende Lösung darstellt, ist zumindest fraglich.⁴⁹ Der Begriff der Parteifähigkeit müsste sodann in vollkommener Abhängigkeit vom heute herrschenden Begriff der Rechtsfähigkeit bleiben. Fasst man die Parteifähigkeit und die Rechtsfähigkeit weiterhin als "Zwillingsbegriffe" auf, dann muss ferner konsequenterweise auch weiterhin das parteifähige Prozesssubjekt vom Institut der notwendigen Streitgenossenschaft in gleicher Weise abgegrenzt werden, wie heute noch das allein rechtsfähige Rechtssubjekt vom Phänomen der Gesamthandschaft abgegrenzt wird.

Ein relativer Parteifähigkeitsbegriff⁵⁰ wäre dahingehend zu verstehen, dass darunter neben natürlichen und juristischen Personen auch all jene Erscheinungen fallen würden, denen der Gesetzgeber - z. T. aufgrund des Wortlautes der Gesetzesbestimmungen - tatsächlich - und nicht, wie die h. L. behauptet nur scheinbar⁵¹ - Rechte und Pflichten zuordnet. Der Parteifähigkeitsbegriff würde sich auf Gebilde erstrecken, die durch den Gesetzgeber in hohem Masse nach innen und nach aussen als verselbständigt erscheinen.

Das Abgehen von einem rein formalen⁵², von der Rechtszuordnung unabhängigen Parteifähigkeitsbegriff und die Betonung der materiellrechtlichen Substantiiertheit des Parteifähigkeitsbegriffes bedeutet keineswegs eine Rückkehr zu einem materiellen Parteibegriff, wie ihn das römische Recht kannte. Es bedeutet lediglich, dass parteifähig nur ein

⁴⁹ Vgl. unter Kapitel V hiernach.

⁵⁰ Bezüglich der Relativierung der Parteifähigkeit vgl. Bauer S. 72ff.

⁵¹ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 65.

⁵² Bauer (S. 50) hat den absoluten Rechtsfähigkeitsbegriff - den Parallelbegriff zur absoluten Parteifähigkeit - als formalen Begriff bezeichnet. In Weiterführung dieses Gedankens kann der relative Rechtsfähigkeitsbegriff als materiell charakterisiert werden.

Gebilde sein kann, das von seiner Konzeption durch den Gesetzgeber her als in rechtlicher Hinsicht verselbständigt - als Rechtszuordnungssubjekt - erscheint. Ob dem betreffenden parteifähigen Gebilde die geltend gemachten Rechte wirklich zukommen oder nicht, bleibt nach wie vor eine Frage der Sachlegitimation und ist von der Frage nach der rechtlichen Verselbständigung eines gewissen Gebildes klar zu trennen.

2.3.5 Eigenständige Begriffsbildung

Eine Loslösung des Begriffes der Parteifähigkeit vom heute herrschenden Begriff der Rechtsfähigkeit scheint m.E. angesichts der Bedürfnisse der Praxis als angezeigt. Die h. L., welche am umfassenden allgemeinen Rechtsfähigkeitsbegriff festhalten will, weil dies das "einfachste und eleganteste Definitionskonzept"⁵³ darstellt, ignoriert die praktischen Bedürfnisse des Gerichtsalltages. Betont sein muss aber noch einmal, dass eine Loslösung des Begriffes der Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit notwendigerweise von einer Neudefinition des Begriffes der Sachlegitimation begleitet sein muss. Da m.E. angesichts der verfehlten und zunehmend unbefriedigenderen Begriffskonzeption ein Abkommen der Zivilrechtswissenschaft vom verabsolutierten Begriff der Rechtsfähigkeit nur eine Frage der Zeit ist, verstehen wir einen Parteifähigkeitsbegriff, dem ein relativ verstandener Begriff der Rechtszuordnung zugrundeliegt, als Pionierleistung.

Im folgenden ist zu untersuchen, welchem Rechtsgebiet der Begriff der Parteifähigkeit zuzuordnen ist.

⁵³ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 28.

2.4 Rechtliche Zuordnung des Begriffes der Parteifähigkeit

2.4.1 Die Parteifähigkeit im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit der Kantone

2.4.1.1 Problemstellung

Es ist zu untersuchen, ob sich die Frage der Parteifähigkeit von Parteien im Zivilprozess immer nach dem Rechtsgebiet bestimmt, dem das betreffende Gebilde angehört, dessen Parteifähigkeit abzuklären ist, oder ob die Parteifähigkeit grundsätzlich als prozessualer Begriff zu betrachten ist und die Kantone im Rahmen ihrer Zivilprozessrechte eine gewisse (wenn auch eingeschränkte) Regelungskompetenz haben. Hinsichtlich der Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsfähige Subjekte ist die Frage leicht zu beantworten. Für die Kantone besteht fraglos keine Regelungskompetenz, da die Parteifähigkeit rechtsfähiger Subjekte im kantonalen Zivilprozess aufgrund der Konzeption des Rechtssubjekts durch den Bundesgesetzgeber klar gewollt ist. Eine Nichtgewährung der Parteifähigkeit an rechtsunfähige Subjekte durch die Kantone wäre als Verletzung von Bundesrecht zu werten.⁵⁴ Die Frage nach einem gewissen Regelungsspielraum der Kantone stellt sich lediglich bezüglich der Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde.

2.4.1.2 Parteifähigkeit eines Gebildes als Frage des Rechtsgebietes, dem die betreffende Rechtserscheinung insgesamt zuzuordnen ist

Für diese Ansicht spricht der Umstand, dass das Rechtsgebiet, aus welchem ein bestimmtes Gebilde stammt, die Rechtsnatur der betreffenden Rechtserscheinung und die genaue gesetzliche Ausgestaltung regelt.

(A) PARTEIFÄHIGKEIT ZIVILRECHTLICHER ERSCHEINUNGEN

Die Ansicht, wonach sich die Parteifähigkeit von zivilrechtlichen Erscheinungen im Zivilprozess nach dem Bundesprivatrecht richtet, ist weit verbreitet. Die Kantone können danach einem Subjekt, dem nach

⁵⁴ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 79.

Bundesprivatrecht die Rechtsfähigkeit fehlt, nicht Parteifähigkeit zuerkennen.⁵⁵ Die Parteifähigkeit bestimmt sich auch da, wo sie nicht-rechtsfähigen Gebilden zuerkannt wird, nach materiellem Recht.⁵⁶ Vertreter dieser Meinung weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass einer Reihe von nicht-rechtsfähigen Erscheinungen von Bundesrechts wegen in bestimmtem Umfang die Parteifähigkeit zuerkannt werde.⁵⁷ Diese Meinung scheint m.E. ausser acht zu lassen, dass eine Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde angesichts der Rechtsfähigkeit voraussetzenden Sachlegitimationsbegriffes völlig unhaltbare Konsequenzen zur Folge hat.⁵⁸ Ein Abkommen vom so verstandenen Sachlegitimationsbegriff ist m.E. angesichts der Tatsache, dass sich die Parteifähigkeit gewisser rechtsunfähiger Gebilde in der Literatur und Rechtssprechung durchzusetzen scheint, nicht nur wünschbar, sondern unumgänglich.

(B) PARTEIFÄHIGKEIT ÖFFENTLICH-RECHTLICHER INSTITUTE

Die Parteifähigkeit von öffentlichen Anstalten ordnet das öffentliche Recht.⁵⁹ Die Parteifähigkeit von öffentlich-rechtlichen Gebilden, insbesondere von Organen öffentlich-rechtlicher Gemeinwesen und Anstalten ist Ausfluss der diese Organe einsetzenden öffentlichrechtlichen Normen und bestimmt sich deshalb nach kantonalem Recht.⁶⁰ Im Gebiet des öffentlichen Rechts wird die Frage der Parteifähigkeit von Erscheinungen, deren Rechtsnatur noch ungeklärt ist, meist aufgrund von positivrechtlichen Normen ausdrücklich beantwortet. Da das Auftreten von öffentlich-

⁵⁵ Guldener in ZSR 80 (1961) 2.Hb. S. 36/37.

⁵⁶ Vogel S. 85 N. 3.

⁵⁷ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 80ff; BGE 33 II 378 E. 3 usw.

⁵⁸ Vgl. unter 2.2 hiavor.

⁵⁹ Guldener in ZSR 80 (1961) 2. Hb. S. 37 Fn. 86.

⁶⁰ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 85; BGE 41 II 600; 43 II 361.

rechtlichen Gebilden als Private im Zivilprozess immer auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht bedeutsam ist, haben die kantonalen Zivilprozessrechte sich an die von den öffentlichrechtlichen Normen vorgezeigten Lösungen zu halten.

(C) STELLUNGNAHME

Wenn das Rechtsgebiet, welchem die betreffende Rechtserscheinung entstammt, die Frage der Parteifähigkeit kraft positiven Rechts - sei es aufgrund klaren Gesetzeswortlautes oder doch gemäss gefestigter Gesetzesauslegung von Seiten von Lehre und Rechtssprechung - eindeutig beantwortet, sind Ueberlegungen bezüglich der rechtlichen Zuordnung des Parteifähigkeitsbegriffes rein akademisch. Diese Frage ist nur für jene Fälle bedeutsam, wo dem positiven Recht selbst mittels Auslegung keine eindeutige Lösung zu entnehmen ist. Es geht dabei nur darum abzuklären, ob den Kantonen im Rahmen ihrer Zivilprozessrechte bezüglich der Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde grundsätzlich ein gewisser rechtsschöpferischer Spielraum bleibt oder nicht. Stellt man für die Beantwortung der Frage der Parteifähigkeit bestimmter Erscheinungen allein auf das Rechtsgebiet ab, welchem die betreffenden Erscheinungen entstammen, bietet aber das betreffende Rechtsgebiet keine klare und praktikable Lösung an, weil der Begriff der Parteifähigkeit überhaupt nicht zentrales Anliegen des betreffenden Rechtsgebietes darstellt und deshalb im Rahmen dieses Rechtsgebietes nur am Rande in rudimentärer Weise auf das Problem der Parteifähigkeit eingegangen wird - dies ist insbesondere im Bundeszivilrecht öfters der Fall -, so stellt dies eine äusserst unbefriedigende Situation für die Zivilprozessrechtswissenschaft dar, wenn sie sich der Durchbildung ihrer Grundbegriffe nicht annehmen darf und dies anderen Rechtsdisziplinen überlassen muss. Wird die Frage der Parteifähigkeit - eine Frage von eminent praktischer Bedeutung - von dem Rechtsgebiet, welches das

betreffende Rechtsgebilde regelt, vernachlässigt, so sollte im Rahmen der kantonalen Zivilprozessrechte eine Möglichkeit zum Eingreifen bestehen.

2.4.1.3 Parteifähigkeit als Begriff des Zivilprozessrechtes

Im Schrifttum sind denn auch Meinungen zu finden, die die grundsätzliche Zugehörigkeit des Begriffes der Parteifähigkeit zum Gebiete des Prozessrechtes betonen. Aber auch bei den Vertretern, die betonen, dass die Parteifähigkeit ein prozessualer Begriff sei, sind bezüglich der Frage des Ausmasses der Abhängigkeit der Parteifähigkeit vom materiellen Recht verschiedene Akzentuierungen anzutreffen: Reich⁶¹ betont, dass, soweit materielle Rechtsfähigkeit auch als prozessuale Parteifähigkeit gelte, sie dies nur kraft Prozessgesetz gelte. Zugleich betont er aber, dass der Bundesgesetzgeber und das Bundesgericht aufgrund der stark materiellrechtlichen Substanziierung des Begriffes der Parteifähigkeit nicht von dieser wichtigen Materie ausgeschlossen werden dürfen. Auch nach Ottomann⁶² befindet zwar das Prozessrecht darüber, wem Parteifähigkeit zukommen soll. Der Natur der Sache nach kann dies seiner Meinung nach aber nur in enger Anlehnung an das materielle Recht geschehen. Reich und Ottomann scheinen einen auf die Parteifähigkeit von rechtsunfähigen Gebilden beschränkten Alleingang der Kantone eher für unzulässig zu erachten, äussern sich aber nicht explizit dazu. Demgegenüber scheint Walder⁶³ einen gewissen rechtsschöpferischen Spielraum der Kantone im Bereich der Parteifähigkeit nicht auszuschliessen. Er betrachtet die Abgrenzung der Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit nicht isoliert für sich, sondern stellt sie in den grösseren Rahmen der Abgrenzung zwischen materiellem und formellem Recht. Gestützt auf die

⁶¹ Reich S. 25/26.

⁶² Ottomann S. 4.

⁶³ Walder § 3 Rz 12 S. 26.

Definition von Wolfram Henckel⁶⁴ ordnet er die Parteifähigkeit, obschon er sie als Zweifelsfall bezeichnet, als durch den Lebensbereich der Rechtspflege bedingtes Institut grundsätzlich dem Prozessrecht zu. Indem er dies tut, ist er sich der Konsequenz einer damit verbundenen, gewissen Kantonalisierung bewusst, denn er stellt diesen Fragenkomplex in den Gesamtkontext der zwar wünschbaren aber noch nicht realisierbaren gesamtschweizerischen Rechtsharmonisierung auf dem Gebiete des Zivilprozessrechtes.⁶⁵ Dabei setzt er der kantonalen Rechtssetzungstätigkeit dort Grenzen, wo eine solche eine einheitliche Rechtsanwendung des Bundesprivatrechts in Frage stellen würde, gibt aber gleichzeitig zu bedenken, dass die kantonale Gesetzgebungshoheit nicht schon dann eingeschränkt werden dürfe, wenn eine einheitliche zivilprozessuale Regelung in bezug auf eine gleichmässige Verwirklichung des Bundesprivatrechts als bloss wünschbar erscheinen würde.⁶⁶ In diesem Zusammenhang warnt er auch vor Illusionen: "Selbst bei vollständig vereinheitlichtem Zivilprozessrecht wäre eine einheitliche Rechtsanwendung in der Schweiz ebensowenig zu erreichen, wie in anderen, viel zentralistischer organisierten Ländern."⁶⁷

2.4.1.4 Stellungnahme

Bekanntlich fehlt eine explizite bundesrechtliche Normierung der Parteifähigkeit. Das Bundesgericht hat seinerseits nur sehr vereinzelt und punktuell Gelegenheit gehabt, zum Begriff der Parteifähigkeit Stellung zu nehmen. Infolge der recht unsicheren und lückenhaften Rechtslage scheinen kantonale Gerichte aber bezüglich der Frage der Parteifähigkeit erheblich verunsichert zu sein. Da aber die kantonalen Gerichte

⁶⁴ Wolfram Henckel zit. in Walder ebd. S. 26 Fn. 10 und 11.

⁶⁵ Walder ebd. § 3 Rz 8ff.

⁶⁶ Walder ebd. § 3 Rz 16.

⁶⁷ Walder ebd. § 3 Rz 16.

den bundesrechtlichen Regelungsanspruch auf diesem Gebiet ausser Frage zu stellen scheinen, sind sie nur sehr zögernd dazu bereit, rechtsschöpferisch tätig zu werden und das Ihre zur noch ausstehenden Klärung dieses Institutes beizutragen. M.E. wären die kantonalen Gerichte aber dazu zu ermuntern, pragmatische Lösungen zu suchen, und dem Bundesgericht würde es in der Folge obliegen, die für die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Bundesrechts notwendige Harmonisierung durchzusetzen.⁶⁸

Wie ist nun eine solche Haltung mit der heutigen Rechtssituation zu vereinbaren? Vorab ist zu betonen, dass der Bundesgesetzgeber den Begriff der Parteifähigkeit nirgendwo explizit umschrieben hat. Betrachtet man aber die Parteifähigkeit als einen zivilprozessualen Begriff, so sind die Kantone in dem Umfang in der Ausgestaltung dieses Institutes als frei anzusehen, als es dadurch nicht zu einer Vereitelung von Bundeszivilrecht kommt. Daraus folgt, dass die Kantone zwar von Bundesrechts wegen verpflichtet sind, allen rechtsfähigen Subjekten die Parteifähigkeit zuzuerkennen. M.E. haben die Kantone aber betreffend der Frage der Zuerkennung der Parteifähigkeit an rechtsunfähige, durch den Gesetzgeber in bedeutendem Masse verselbständigte Erscheinungen insofern einen rechtsschöpferischen Spielraum, als die Zuerkennung von Parteifähigkeit solchen Instituten geradezu eine optimalere Verwirklichung und Durchsetzung ermöglicht. Eine unterschiedliche Praxis der Kantone in diesem Rahmen erscheint m.E. aus den dargelegten Gründen nicht als bundesrechtswidrig. Natürlich ist an sich eine solche neue Rechts-

⁶⁸ Zufolge der materiellrechtlichen Substanziiertheit der Parteifähigkeit auch in dem Bereich, wo es um die Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde geht, dürfte das Bundesgericht nicht völlig von der Ueberprüfung der kantonalen Praxis ausgeschlossen werden: Vgl. dazu BGE 108 II 399 E. 2a: "La capacité d'être partie comme la capacité d'ester en justice, relève théorétiquement du droit de procédure. Mais ces questions sont inséparables de l'exercice des droits civils et de l'existence de la personne qui entend agir, question qui relève généralement du droit privé fédéral, le tribunal fédéral peut donc les examiner dans le cadre d'un recours en réforme."

zersplitterung in der heutigen Zeit zu bedauern, doch sie ist die Konsequenz der heute noch geltenden Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen.

Anzufügen ist, dass m.E. Art. 64 Abs. 3 BV, wonach die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung wie bis anhin den Kantonen verbleiben, nicht gegen die vorgetragene Ansicht spricht. Eine differenziertere Ausgestaltung der Parteifähigkeit im Bereich gewisser rechtsunfähiger Gebilde durch die Kantone ist m.E. nicht als verfassungswidrige Kompetenzverschiebung zugunsten der Kantone sondern als Phänomen der fortschreitenden wissenschaftlichen Durchdringung der Prozessrechte in den Kantonen zu verstehen. Eine derartige kantonale Weiterentwicklung der Parteifähigkeit scheint m.E. darüberhinaus als wünschbar. Auch wenn man die bundesgerichtliche Praxis in die Anfangszeit zurückverfolgt, so trifft man nirgendwo auf eine klare und grundsätzliche Auseinandersetzung mit der vorliegenden Problematik. Vielmehr scheint das Bundesgericht - wie im übrigen auch die kantonalen Gerichte - den Begriff der Parteifähigkeit des öfteren mit jenem der Sachlegitimation (Aktiv- oder Passivlegitimation) vermengt zu haben.⁶⁹ Die Charakterisierung der Parteifähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit⁷⁰ ist im übrigen allzu apodiktisch, als dass sie als befriedigende Antwort auf die in diesem Zusammenhang zahlreichen ungelösten Fragen aufgefasst werden könnte.

⁶⁹ S. etwa BGE 39 II 79; Walder (Prozesserledigung S. 11) hat darauf hingewiesen, dass das Problem der Sachlegitimation nicht immer mit der erforderlichen Deutlichkeit von der Frage der Parteifähigkeit getrennt wird.

⁷⁰ BGE 42 II 553.

2.4.2 Der Begriff der Parteifähigkeit im Rahmen des dem Bunde vorbehaltenen Teils der Zivilgerichtsbarkeit

Für den Bundeszivilprozess enthält Art. 14 BZP lediglich eine Umschreibung der Prozessfähigkeit. Gleich wie das BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 schweigt sich auch das BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 6. Dezember 1943 über die Parteifähigkeit aus. Der Begriff der Parteifähigkeit wird in den beiden Gesetzen stillschweigend vorausgesetzt. Das Bundesgericht bezeichnet die Parteifähigkeit kurz als Teil der Rechtsfähigkeit.⁷¹ Es hat sich mit dem Phänomen der zwar parteifähigen aber nicht rechtsfähigen Gebilde bislang nicht grundsätzlich auseinandergesetzt. Auch Birchmeier⁷² lässt es an einer eingehenden Erörterung des Parteifähigkeitsbegriffes fehlen. Er behandelt die Begriffe der Parteifähigkeit und der Prozessfähigkeit gemeinsam. Immerhin erwähnt Birchmeier, dass der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, der Konkursmasse und der Liquidationsmasse bei der amtlichen Erbschaftsliquidation kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift Parteifähigkeit (er spricht zwar von Prozessfähigkeit) zukomme. Nach Birchmeier geht demnach der Begriff der Parteifähigkeit weiter als der Begriff der Rechtsfähigkeit. Im grossen und ganzen sind aus der Lehre und Rechtssprechung zur Bundesrechtspflege jedoch keine weiterführenden Erkenntnisse in bezug auf das Institut der Parteifähigkeit zu gewinnen, denn man vermisst hier eine exakte Begrifflichkeit. Bundesgerichtsentscheide zur Parteifähigkeit sind in den Registerbänden zu den Bundesgerichtsentscheiden ohnehin meist nur unter dem Stichwort Prozessfähigkeit und Legitimation zu finden. In neuerer Zeit ist aber eine Tendenz in der Rechtssprechung des Bundesgerichts spürbar, den Begriff der Parteifähigkeit differenzierter zu gestalten und ihn auf

⁷¹ S. etwa BGE 42 II 556.

⁷² Birchmeier S. 73.

gewisse rechtsunfähige Gebilde auszudehnen.⁷³

2.5 Aktive und passive Rechts- bzw. Parteifähigkeit

2.5.1 Aktive und passive Rechtsfähigkeit

Während die Unterscheidung in eine aktive und in eine passive Parteifähigkeit im Schrifttum anzutreffen ist⁷⁴, ist es nicht gebräuchlich, von aktiver und passiver Rechtsfähigkeit zu sprechen.⁷⁵ Es wird stattdessen von der Rechts- und Pflichtfähigkeit oder von der Fähigkeit zur Rechts- und Verpflichtungsträgerschaft gesprochen.⁷⁶

Das schweizerische Zivilrecht geht vom Prinzip der Identität von Rechts- und Verpflichtungsträger aus: Wer Rechte hat, hat immer auch Pflichten. Einzig im Bereich des Gesamthandsrechtes ist der Gesetzgeber von diesem Grundsatz abgewichen. Der Berechtigung zur gesamten Hand steht keine Gesamthandsschuld gegenüber.⁷⁷ Das geltende Recht statuiert vielmehr ausdrücklich die solidarische Verpflichtung der einzelnen Gesamthandschafter. Für die h. L., welche die Gesamthand als solche nicht als Rechtsträger betrachtet sondern die einzelnen Gesamthandschafter als Rechtsträger der gemeinschaftlichen Rechte ansieht,⁷⁸ ergibt sich allerdings auch in diesem Bereich kein Auseinanderklaffen der Rechts- und Verpflichtungsträgerschaft, da sie allein die einzelnen Mitglieder der

⁷³ Vgl. etwa Pra 73 Nr. 89.

⁷⁴ Guldener S. 127/128; Vogel § 22 N. 9.

⁷⁵ Immerhin ist Brand (SJK 999 S. 14) auf die Konkursmasse als aktives und passives Rechtssubjekt getrennt eingegangen.

⁷⁶ Hennecke S. 25 Fn. 16.

⁷⁷ von Tuhr/Escher Bd. II S. 292.

⁷⁸ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 45.

Rechtsgemeinschaften sowohl als aktive als auch als passive Rechtszuordnungssubjekte erachtet. Folgt man aber der Ansicht, wonach den Rechtsgemeinschaften⁷⁹kollektive Rechtsfähigkeit ⁸⁰ zuzuerkennen ist, ergibt sich eine Diskrepanz zwischen Rechts- und Verpflichtungsträgerschaft. Im deutschen Schrifttum hat u. a. Hennecke diese Problem dargestellt. Zum einen spricht er sich für die eigenständige Rechtsträgerschaft der Gesamthand aus, zum anderen setzt er sich auch im Bereich des Gesamthandrechtes für das Prinzip der Identität von Rechts- und Verpflichtungsträger ein:⁸¹ "Gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Rechtssubjekte auf der einen Seite und individuelle Verpflichtung auf der anderen Seite würden die Grundsätze der Haftungsordnung wie auch den Funktionszusammenhang von Rechts- und Verpflichtungsträgerschaft aufheben. Dies muss aber verhindert und ein durchlaufender Funktionszusammenhang zwischen Rechten und Pflichten der Gesamthand hergestellt werden, wie er auch sonst im Vermögensrecht besteht."⁸²

Um die Verpflichtungsfähigkeit der Gesamthand darzutun, hat er für die verschiedenen Arten von Gesamthandsgemeinschaften im einzelnen dargetan, ⁸³ dass zufolge der materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungen vielfach nur auf das Sondervermögen der Gesamthand gegriffen wird.

⁷⁹ Also auch der Miteigentümergeinschaft, soweit eine Ausübungsgemeinschaft besteht, vgl. unter 15.2.1.1 hiernach.

⁸⁰ Damit ist die aktive Seite der Rechtsfähigkeit angesprochen.

⁸¹ Hennecke S. 63.

⁸² Hennecke S. 13.

⁸³ Hennecke S. 72ff.

2.5.2 Aktive und passive Parteifähigkeit

Im Bereiche der sog. Rechtsgemeinschaften aktualisiert sich neben der Unterscheidung in eine passive und in eine aktive Rechtsfähigkeit parallel dazu auch die Differenzierung in eine aktive und in eine passive Parteifähigkeit. Dieser Unterscheidung ist im schweizerischen Schrifttum traditionellerweise keine besondere Beachtung geschenkt worden.⁸⁴ Dies mag daher rühren, dass denjenigen Rechtsgemeinschaftstypen, denen ein bedeutender Teil der Lehre die Parteifähigkeit zuspricht - zu denken ist hier an die Personengesellschaft und an die Stockwerkeigentümergeinschaft - gleichermassen aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt wird, während anderen Rechtsgemeinschaftstypen - erwähnt seien als Beispiele die Erbengemeinschaft und die einfache Gesellschaft - die Parteifähigkeit insgesamt abgesprochen wird.⁸⁵

⁸⁴ Ohne auf die Unterscheidung zwischen der aktiven und der passiven Parteifähigkeit in allgemeiner Weise einzutreten, spricht Vogel (§ 22 N. 9) nur von der aktiven Parteifähigkeit des Verwaltungsrates (vgl. dazu unsere Ausführungen unter 15.2.4.2 (ba) hiernach) und Guldener (S. 127/128) von der passiven Parteifähigkeit des Nachlasses (vgl. dazu unter 14.2.2.1 (b) hiernach).

⁸⁵ Vgl. dazu die weiteren Ausführungen unter 15.2.1.2 (b) und (c) hiernach.

Kapitel III

PARTEIFÄHIGKEIT UND PROZESSFÄHIGKEIT

3.1 Problem

In der Zivilprozessrechtslehre wird heute zwischen den Begriffen der Parteifähigkeit und der Prozessfähigkeit klar unterschieden. Die beiden Begriffe werden als voneinander unabhängig angesehen und stehen scharf getrennt nebeneinander wie nach der h. Zivilrechtslehre die Begriffe der Rechts- und der Handlungsfähigkeit.⁸⁶ Die Differenzierung in die Begriffe der Parteifähigkeit und der Prozessfähigkeit ist in Anlehnung an die Entwicklung auf dem Gebiete des Zivilrechts erfolgt. Wie die zivilrechtlichen Parallelbegriffe fielen ursprünglich auch die Parteifähigkeit und die Prozessfähigkeit zusammen. Gemeinsamer Ursprung der beiden zivilprozessualen Grundbegriffe bildet die mittelalterliche *legitima persona standi in iudicio*, die sog. Gerichtsstandsfähigkeit.⁸⁷

3.2 Verhältnis zwischen der Rechts- und der Handlungsfähigkeit - Untersuchung des Verhältnisses der Parallelbegriffe

Die h. L. versteht unter der Rechtsfähigkeit das (blosse) Innehaben von Rechten und Pflichten, das das Subjekt zu einer rein passiven Rolle als Zuordnungssubjekt verurteilt. Zum anderen versteht sie unter Handlungsfähigkeit die auf materieller Ebene liegende Beziehung, die zum Ausüben von Rechten und Pflichten berechtigt. Entsprechend dieser Zweiteilung gibt es für die Rechtszuordnung auch zwei verschiedene Subjektskreise. Der eine Kreis wird von den Rechtsfähigen, der andere

⁸⁶ Walder S. 133.

⁸⁷ Reich S. 33.

von den Handlungsfähigen gebildet.⁸⁸ Die rigorose Trennung zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit lässt sich aber nicht generell aufrecht-erhalten, ohne dass man auf Widersprüche stösst.⁸⁹ So fallen bei der Testierfähigkeit und bei der Ehefähigkeit beispielsweise Rechts- und Handlungsfähigkeit zusammen. Des öfteren werden die Testier- und Ehe-fähigkeit auch als vom Alter abhängige Abstufungen der Rechtsfähigkeit dargestellt.⁹⁰, was ein gewichtiges Indiz für die Relativität des Rechtsfä-higkeitsbegriffes darstellt.⁹¹ Wo es ferner um den Bereich von nicht onerosen oder höchstpersönlichen Geschäften geht, scheinen die Begriffe der Rechts- und Handlungsfähigkeit im weiteren auch zusammenzufal-len.⁹²

Durch den Umstand, dass eine vollkommene begriffliche Trennung zwischen der Rechts- und der Handlungsfähigkeit Widersprüche zur Folge hat, wird die Begriffsbestimmung von Müller-Freienfels⁹³ unterstützt, welcher unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit "die abstrakte potentielle Fähigkeit, rechtlich wirksam zu handeln und sich zu verpflichten, sei es auch durch einen Vertreter" versteht. Diese Lehre nimmt das Merkmal des Handeln-Könnens des Subjekts in den Begriff der Rechtsfähigkeit auf. Rechtsfähigkeit ist für sie "abstrakte generelle Handlungsfähigkeit", während die "konkrete Handlungsfähigkeit" die Geschäfts- und Vertrags-fähigkeit und die Deliktsfähigkeit umfassen soll.⁹⁴ Rechts- und Hand-lungsfähigkeit werden dabei in ein Ober-Unterbegriff-Verhältnis

⁸⁸ So die Formulierung von Holenstein S. 16.

⁸⁹ Vgl. unter 2.3.1 hiervor.

⁹⁰ Tuor/Schnyder S. 62f.

⁹¹ Fabricius S. 33.

⁹² Bucher zu Art. 19 ZGB N. 4/5/189; Fabricius S. 35.

⁹³ Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft S. 155ff und S. 176ff.

⁹⁴ Fabricius S. 31/S.43 oben.

gebracht, wobei die "konkrete Handlungsfähigkeit" mit dem ihm eigenen Merkmal des Handeln-Könnens zwar Inhalt des Oberbegriffes der Rechtsfähigkeit sein kann aber nicht sein muss.⁹⁵ Ein so verstandener Rechtsfähigkeitsbegriff kann die bei der h. L. aufgetretenen, oben angeführten Widersprüche vermeiden und erlaubt überdies eine Relativierung der Rechtsfähigkeit, je nach dem Handlungsvermögen des Subjekts.

Eine solche Begriffsbildung ist m.E. mit dem geltenden Recht vereinbar, lässt sich doch aus dem Nacheinander-Aufführen der Rechts- und Handlungsfähigkeit in Art. 11 und 12 ZGB aus dem Gesetz nichts über das Verhältnis der beiden Grundbegriffe zueinander entnehmen und bietet uns doch nur ein Rechtsfähigkeitsbegriff, der das Element des Handeln-Könnens in sich aufnimmt eine widerspruchsfreie Auslegung⁹⁶ der in ihrem systematischen Gesamtzusammenhang zu würdigenden Zivilrechtsbestimmungen.

3.3 Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit im besonderen

Bei Zugrundelegen eines relativen Parteifähigkeitsbegriffes ist der Zusammenhang zwischen den Begriffen der Partei- und der Prozessfähigkeit parallel zur Interdependenz zwischen den Begriffen der Rechts- und Handlungsfähigkeit zu sehen.⁹⁷ Parteifähigkeit beinhaltet danach eine abstrakte generelle Prozessfähigkeit, und die Parteifähigkeit kann, muss dabei aber nicht die "konkrete Prozessfähigkeit" beinhalten. Die Frage nach der "konkreten Prozessfähigkeit" als selbständiger, von der Parteifähigkeit unabhängiger Prozessvoraussetzung aktualisiert sich nach dieser Lehre in gleicher Weise wie bei der h. L., welche die Partei- und die Prozessfähigkeit scharf voneinander trennt, nur in jenen Fällen, wo eine parteifähige Partei zur gültigen Vornahme von Prozesshandlungen

⁹⁵ Fabricius S. 34.

⁹⁶ Vgl. hiezu Fn. 22.

⁹⁷ Vgl. unter 2.3.1 hiavor.

eines Vertreters bedarf.

Das Bedürfnis nach einem Parteifähigkeitsbegriff, der als Oberbegriff das prozessuale Handeln-Können mitumfasst, besteht auch im Zivilprozessrecht: Wenn es um die prozessuale Durchsetzung von höchstpersönlichen Rechten geht, scheinen Partei- und Prozessfähigkeit auch zusammenzufallen. Der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte ist in Streitigkeiten über höchstpersönliche Ansprüche i. S. von Art. 19 Abs. 2 ZGB vollumfänglich prozessfähig.⁹⁸

Die Parteifähigkeit erscheint beim Zugrundelegen eines relativen Parteifähigkeitsbegriffes je nach dem prozessualen Handlungsvermögen der Partei als umfassender oder beschränkter. Ist ein solcher Begriff mit den kantonalen Zivilprozessrechten sowie mit der Zivilrechtspflegegesetzgebung des Bundes vereinbar? Von den kantonalen Zivilprozessrechten enthalten bis heute nur zwei eine gesetzliche Umschreibung des Parteifähigkeitsbegriffes.⁹⁹ Beide Bestimmungen verweisen dabei aber lediglich auf den Rechtsfähigkeitsbegriff.¹⁰⁰ Was die gesetzliche Normierung der Prozessfähigkeit anbelangt, so enthalten die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen darüber eine Bestimmung, in welcher sie sich jedoch völlig an die Begriffsbildung im Zivilrecht - den Handlungsfähigkeitsbegriff mit seinen Einschränkungen - anlehnen. Auch die Bundeszivilprozessordnung verweist in Art. 14 BZP, wo die Prozessfähigkeit geregelt

⁹⁸ Bucher zu Art. 19 ZGB N. 196; Walder § 9 Rz 1.

⁹⁹ Die Zivilprozessordnung des Kantons Obwalden vom 9. März 1973 und die neue aargauische Zivilprozessordnung.

¹⁰⁰ neu § 47 ZPO (AG): "Parteifähig ist wer rechtsfähig ist." Art. 30 Abs. 1 ZPO (OW): "Jedermann ist parteifähig, der nach Bundesrecht Träger von Rechten und Pflichten ist."

wird, lediglich auf die Handlungsfähigkeit. Ueber das Verhältnis zwischen den Begriffen der Parteifähigkeit und der Prozessfähigkeit schweigen sowohl die kantonalen Rechtspflegegesetze als auch die Rechtspflegegesetze des Bundes. Einer zeitgemässen, das begriffliche Gesamtsystem berücksichtigenden Auslegung steht de lege lata m.E. nichts im Wege.

Kapitel IV
DAS VERHÄLTNISS DER PARTEIFÄHIGKEIT ZU DEN
BEGRIFFEN DER SACHLEGITIMATION, DER
PROZESSFÜHRUNGSBEFUGNIS UND DER
PROZESSSTANDSCHAFT

4.1 Parteifähigkeit und Sachlegitimation

Eine Beschäftigung mit den Begriffen der Parteifähigkeit und der Sachlegitimation ist aus verschiedenen Gründen erforderlich. Zum einen wird die Frage der Parteifähigkeit nicht immer mit der erforderlichen Deutlichkeit vom Problem der Sachlegitimation getrennt.¹⁰¹ Beispiele für diese fehlende begriffliche Differenzierung sind vor allem in der Rechtssprechung anzutreffen.¹⁰² Bucher¹⁰³ hat diesem Umstand Rechnung getragen, indem er im Anschluss an die geläufige Definition der Sachlegitimation angefügt hat, dass unter der Aktiv- und Passivlegitimation selten auch die Rechts- und Parteifähigkeit der fraglichen Prozesspartei gemeint sei oder durch deren Bestreitung in Abrede gestellt werde. Zum anderen wird eine Interdependenz zwischen dem von der h. L. dem materiellen Recht zugeordneten Begriff der Sachlegitimation und dem prozessualen Begriff der Parteifähigkeit in Abrede gestellt. Die Sachlegitimation sei für das Problem der Prozessfähigkeit - eingeschlossen

¹⁰¹ Walder, Prozesserledigung S. 11.

¹⁰² Vgl. etwa BGE 73 II 84: "Nicht ohne weiteres ausser Zweifel steht die Passivlegitimation der in ihrer Gültigkeit angezweifelte Stiftung." Sowie BGE 100 II 52 E. 2: Aktivlegitimation (recte Prozessführungsbefugnis) des Sachwalters beim Anlagefonds.

¹⁰³ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 42.

wird durch die Autoren dabei auch die Parteifähigkeit - nicht massgebend.¹⁰⁴ Dass aber die Parteifähigkeit und die Sachlegitimation nicht zwei völlig voneinander unabhängige Begriffe sind, ist weiter vorne¹⁰⁵ dargelegt worden: "Die Sachlegitimation steht zur Parteifähigkeit im gleichen Verhältnis wie die Rechtszuständigkeit zur Rechtsfähigkeit, was besagt, dass sie die abstrakte Eigenschaft der Parteifähigkeit konkretisiert. Genauer sie bestimmt, wer unter allen Parteifähigen gerade derjenige ist, welcher im konkreten Streitfall, d. h. mit Bezug auf das eingeklagte Rechtsverhältnis berechtigt ist, Partei zu sein."¹⁰⁶

Rechtsunfähige, aber durch den Gesetzgeber in bedeutendem Masse verselbständigte Erscheinungen können nur als parteifähige Prozesssubjekte zugelassen werden, wenn der Sachlegitimationsbegriff vom heute herrschenden Begriff der Rechtsfähigkeit losgelöst wird. Nur auf diese Weise lassen sich begriffliche Widersprüche vermeiden.¹⁰⁷ Der Grundsatz der Einheit von Privatrecht und Zivilprozessrecht¹⁰⁸ wird durch ein solches Vorgehen nicht verletzt: Wenn die Zivilprozessrechtslehre die durch das materielle Recht in hohem Masse verselbständigten, nach der h. L. rechtsunfähigen Erscheinungen als parteifähige und zur Sache legitimierte Prozesssubjekte behandelt, gibt sie den im übrigen materiellrechtlich geregelten Instituten nur die für den Zivilprozess adäquate Ausprägung und verhilft den betreffenden Instituten zu einer verbesserten Verwirklichung im Rahmen des Zivilprozesses. Dies scheint im übrigen durchaus der Intention des materiellen Rechts zu entsprechen, welches einen hohen Grad von Verselbständigung für die betreffenden

¹⁰⁴ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 19.

¹⁰⁵ Vgl. unter 2.2 hiavor.

¹⁰⁶ Holenstein S. 90; vgl. im weiteren Pillichody Nr. 1572 S. 299: "Aus dem Mangel der Rechtsfähigkeit ergibt sich sowohl der Mangel der Parteifähigkeit als derjenige der Legitimation zur Sache...".

¹⁰⁷ Vgl. unter 2.2 hiavor.

¹⁰⁸ Holenstein S. 82

Gebilde normiert.

Bei einer begrifflichen Neufassung ist der Sachlegitimation ein relativ verstandener Rechtsfähigkeitsbegriff zugrunde zu legen, der neben der typisierten Vollrechtsfähigkeit der natürlichen und juristischen Person auch die Teilrechtsfähigkeit gewisser verselbständigter Gebilde kennt, ¹⁰⁹ an welche der Gesetzgeber tatsächlich gewisse Rechtsbeziehungen anknüpft. Eine derartige Emanzipation des Begriffes der Sachlegitimation vom Rechtsfähigkeitsdogma der herrschenden Zivilrechtslehre kann dabei auch etwa dadurch gerechtfertigt werden, dass unter Sachlegitimation wieder im ursprünglichen Sinn des Wortes die Berechtigung verstanden wird, das eingeklagte Recht in eigenem Namen geltend zu machen.¹¹⁰ Mit dieser Umschreibung wird auf die besondere Nähe des Begriffes der Sachlegitimation zum Prozessrecht hingewiesen. Ein so verstandener - vom herrschenden Rechtsfähigkeitsbegriff unabhängiger - Sachlegitimationsbegriff müsste als zivilprozessualer Begriff aufgefasst werden, mit der Einschränkung jedoch, dass er als stark materiellrechtlich substantzierter Begriff nicht in einer dem Bundeszivilrecht zuwiderlaufenden Weise ausgestaltet werden dürfte.

Der Begriff der Sachlegitimation ist im Gesetz nirgendwo genau festgelegt, sondern stellt ein Produkt der h. L. dar. Wie ein relativ verstandener Rechtsfähigkeitsbegriff durchaus mit dem positiven Recht in Einklang zu bringen ist, ist m.E. auch ein Sachlegitimationsbegriff, dem ein relativer Rechtsfähigkeitsbegriff zugrundeliegt, ohne weiteres mit dem geltenden materiellen Recht vereinbar.

Die h. L. weist den Begriff der Sachlegitimation dem materiellen Recht zu.¹¹¹ M.E. kann aber dieser Begriff nicht völlig ins materielle Recht verwiesen werden. Trotz des engen Zusammenhangs mit dem mate-

¹⁰⁹ Fabricius S. 67ff, 82ff, 111ff.

¹¹⁰ Guldener S. 139.

¹¹¹ Vgl etwa Sträuli/Messmer § 27/28 N. 19.

riellen Recht entfaltet die Sachlegitimation gerade im Bereich des Prozessrechtes ihre eigentliche Bedeutung. Die Nähe der Sachlegitimation zum Prozessrecht widerspiegelt sich auch in der Auffassung, wonach die Sachlegitimation eine prozessuale Bezeichnung für die materiellrechtliche Rechtszuständigkeit sei.¹¹² Zufolge seiner eminent prozessualen Funktion sollte m.E. der Begriff der Sachlegitimation mit der Definition der prozessualen Grundbegriffe - insbesondere mit dem Begriff der Parteifähigkeit - in Einklang gebracht werden können. Dies ist m.E. jedoch nur realisierbar, wenn man wieder vermehrt zu einer prozessualen Betrachtungsweise dieses Begriffes gelangt. Festzuhalten ist aber, dass auch bei einer solchen Betrachtungsweise die Sachlegitimation keineswegs als Prozessvoraussetzung sondern - wie nach der h. L. - als eine im Rahmen eines Sachurteils zu beantwortende Frage angesehen werden muss.

Der Begriff der Sachlegitimation wurde als Folge einer prozesswissenschaftlichen Entwicklung in seiner Bedeutung durch den Begriff der Prozessführungsbefugnis zurückgedrängt.¹¹³ Man hat im Laufe dieser Entwicklung sogar bestritten, dass dem Begriff der Sachlegitimation überhaupt eine prozessuale Bedeutung zukomme, die seine Existenz rechtfertigen würde.¹¹⁴ In neuerer Zeit musste jedoch eingeräumt werden,¹¹⁵ dass die Verdrängung des Begriffes der Sachlegitimation durch den Begriff der Prozessführungsbefugnis - an dieser Stelle ist der

¹¹² Holenstein S. 86/87 und S. 91.

¹¹³ Holenstein S. 86.

¹¹⁴ Beinert S. 12.

¹¹⁵ Holenstein S. 86; nach Holenstein hat im schweizerischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht der Begriff der Prozessführungsbefugnis denjenigen der Sachlegitimation nicht zu verdrängen vermocht. Wenn es um die Bestimmung der richtigen Partei geht, findet man in der Rechtssprechung immer wieder den Ausdruck Sachlegitimation. Selbst das Bundesgericht brauchte ihn bis vor ein paar Jahren in jenem früher üblichen Doppelsinne, indem es unter Sachlegitimation sowohl verstand, dass die Partei Rechtssubjekt des streitigen Rechtsverhältnisses sei, als auch dass sie darüber im eigenen Namen prozessieren dürfe (Holenstein S. 89).

Begriff der Prozessführungsbefugnis i. S. Holensteins gemeint, der auch die Prozessstandschaft mitumfasst - zu Unrecht erfolgt ist. Lehrmeinungen, die die Abschaffung des Begriffes der Sachlegitimation vertreten, sind m.E. grundsätzlich verfehlt: M.E. hat die Sachlegitimation nicht dem Begriff der Prozessstandschaft zu weichen. Der grundlegende Widerspruch des Begriffes der Prozessstandschaft zum Begriff der Sachlegitimation lässt m.E. vielmehr die theoretische Vertretbarkeit des Institutes der Prozessstandschaft als fraglich erscheinen.¹¹⁶

4.2 Das Verhältnis der Parteifähigkeit und der Sachlegitimation zu der Prozessführungsbefugnis und der Prozessstandschaft

4.2.1 Allgemeines

Vorgängig sind die Begriffe der Prozessführungsbefugnis und der Prozessstandschaft voneinander abzugrenzen. Unter der Prozessführungsbefugnis wird im folgenden in Uebereinstimmung mit der Terminologie von Walder¹¹⁷ jener Fall eines gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten¹¹⁸ verstanden, wo der Rechtsträger trotz mangelnder Verfügungsmacht die Parteistellung innehat. Wo der Prozess von einer anderen Person als derjenigen, welche Rechtsträger ist, als Partei auf eigenen Namen geführt wird, wird in Uebereinstimmung mit Walder¹¹⁹ von Prozessstandschaft gesprochen.

¹¹⁶ Vgl dazu unter 4.2.3 hiernach.

¹¹⁷ Walder § 9 Rz 4.

¹¹⁸ Vgl. zum Ausdruck Peter Holenstein, Die prozessuale Stellung der gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten.

¹¹⁹ Walder § 9 Rz 5 und § 9 Anm. 19.

4.2.2 Parteifähigkeit und Prozessführungsbefugnis

4.2.2.1 Allgemeines

Nach Rosenberg/Schwab¹²⁰ verhält sich die Parteifähigkeit und die Prozessfähigkeit zur Prozessführungsbefugnis wie sich im Zivilrecht die Rechts- und die Handlungsfähigkeit zur Verfügungsmacht verhalten. Dabei wird die Verfügungsbefugnis etwa als Möglichkeit umschrieben, über Rechte zu verfügen und als übliche Folge der Rechtsfähigkeit betrachtet.¹²¹ Die Verfügungsmacht wird ferner heute meist als Bestandteil des subjektiven Rechts, als eine zum Inhalt des Rechts gehörende Befugnis aufgefasst.¹²² Für Fabricius¹²³ ist die Verfügungsmacht über ein Recht ein Aspekt des mehr oder weniger umfassenden Handlungsvermögens, das dem Rechtsträger in bezug auf ein Recht zukommt. Er betrachtet dabei die Rechtsfähigkeit als durch das Handlungsvermögen relativiert: Bei fehlender Verfügungsmacht erscheint das Handlungsvermögen des Rechtsträgers als vermindert, seine Rechtsfähigkeit in bezug auf jene Rechte als partieller Natur. Bei dauerndem Auseinanderfallen von Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis scheint nach Fabricius die Rechtsfähigkeit des bloss noch formellen Zuordnungsobjekts sich in bezug auf die betreffenden Rechte dem Nullwert anzunähern. Das betreffende nahezu subjektlos gewordene Recht richtet sich parallel dazu auf einen neuen Zuordnungspol aus. Zu denken ist hierbei etwa an die Zuordnungsverhältnisse "Gemeinschuldner/Konkursmasse" sowie "Erben/Erbsmasse" bei der amtlichen Erbschaftsliquidation.

¹²⁰ Rosenberg/Schwab S. 240.

¹²¹ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 34.

¹²² Holenstein S. 21 mit Hinweisen.

¹²³ Fabricius S. 43.

4.2.2.2 Im besonderen

Eine Partei, welcher aufgrund des Gesetzes die Verfügungsmacht fehlt, hat sich im Prozess durch den Prozessführungsbefugten vertreten zu lassen. Es liegt ein besonderes gesetzliches Vertretungsverhältnis ¹²⁴ vor, welches durchaus mit dem Fall der gesetzlichen Vertretung eines Prozessunfähigen vergleichbar ist.¹²⁵ Als Prozessvertreter kann und muss er aber nicht zur Sache legitimiert sein.

4.2.3 Parteifähigkeit und Prozessstandschaft

Geht man von der Parteifähigkeit der nach h. L. rechtsunfähigen aber durch den Gesetzgeber verselbständigten Sondervermögen aus - zu denken ist dabei etwa an die Erbmasse, die Konkursmasse, die Liquidationsmasse, den Anlagefonds etc.¹²⁶ - so beraubt man den Begriff der Prozessstandschaft - dieser Begriff verdankt sein Bestehen allein der Amtstheorie¹²⁷ - seines Anwendungsgebietes. Für Holenstein, welcher die Konstruktion der Prozessstandschaft befürwortet, steht konsequenterweise die Möglichkeit der Zuerkennung der Parteifähigkeit an solche Vermögensmassen ausser Betracht.¹²⁸ Bei Bejahung eines weiteren, über die natürlichen und juristischen Personen hinausreichenden, relativen Parteifähigkeitsbegriffes wird der Begriff der Prozessstandschaft somit überflüssig.¹²⁹ Die Begriffe der Parteifähigkeit und der Prozessstandschaft

¹²⁴ Fabricius (S. 154) spricht von einer Vertreterstellung eigener Art.

¹²⁵ Die Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1954 behandelt die Fälle gesetzlicher Vertretung von Prozessunfähigen sowie die Fälle des Auftretens von Prozessführungsbefugten zusammen in Art. 41 und führt damit die Verwandtschaft dieser Fälle vor Augen.

¹²⁶ Vgl. unter Teil 4 hiernach.

¹²⁷ Holenstein S. 130ff: die Amtstheorie wird auch Parteitheorie genannt (Holenstein S. 133).

¹²⁸ Holenstein S. 132 oben.

¹²⁹ So ist nach Holenstein (S. 102) die Prozessführungsbefugnis gleichsam eine Reflexwirkung aus dem privatrechtlichen Zuordnungs dualismus.

scheinen daher - wie im übrigen auch die Sachlegitimation und die Prozessstandschaft: Ein Prozessstandschafter ist eine nicht zur Sache legitimierte Partei, da diesem Prozesssubjekt die Rechtsträgerschaft gerade fehlt ¹³⁰ - in einem gewissen Rivalitätsverhältnis zu stehen. Ein auf die natürlichen und juristischen Personen beschränkter Parteifähigkeitsbegriff allein scheint mit dem Begriff der Prozessstandschaft vereinbar zu sein: Ein Prozessstandschafter, der natürliche oder juristische Person ist, ist parteifähig. Der Begriff der Sachlegitimation und der Begriff der Prozessstandschaft schliessen sich jedoch vollkommen aus. Das Institut der Prozessstandschaft ist im schweizerischen Schrifttum aus theoretischen Gründen denn auch verschiedentlich abgelehnt worden. ¹³¹

¹³⁰ Holenstein

S. 87.

¹³¹ Bischofberger (S. 97) spricht von der "ohnehin prozessual problematischen Prozessstandschaftslehre"; vgl. ferner Spinner (S. 30): "In der Tat widerspricht die Trennung der materiellen von der prozessualen Frage mit der Möglichkeit der Prozessstandschaft den Grundlagen unseres Zivilprozessrechtes."

Kapitel V

PARTEIFÄHIGKEIT UND PARTEIBEZEICHNUNG

5.1 Im allgemeinen

Aufgabe und Funktion der Parteibezeichnung ist es, die Prozesssubjekte zu individualisieren.¹³² Die Parteien sollen ausreichend bezeichnet werden, damit an ihrer Identität keine Zweifel bestehen. Eine Parteibezeichnung, die keinerlei Schluss auf die Identität der Parteien zulässt, ist als nihil actum anzusehen.¹³³ Nach einem Teil der Lehre soll aber bei rechtsunfähigen Gebilden - unter Ausdehnung des Begriffes der Parteibezeichnung - das Auftreten vor Gericht unter einem Gesamtnamen oder einer Sammelbezeichnung gestattet sein. Dabei werden als eigentliche Partei nicht die rechtsunfähigen Gebilde sondern die dahinterstehenden Personen betrachtet. Das Auftreten bestimmter rechtsunfähiger Gebilde vor Gericht wird gemäss dieser Lehre nicht als Zuerkennung von Parteifähigkeit an die betreffenden Gebilde sondern als Frage der Parteibezeichnung eingestuft. An dieser Stelle ist daher zu untersuchen, ob die Zulassung von Gebilden unter einer Sammelbezeichnung in Wirklichkeit nur eine Frage der Parteibezeichnung - eine reine Formalität - darstellt, oder ob damit nicht eher ein neues Rechtsinstitut geschaffen würde. Ferner ist das Augenmerk darauf zu richten, ob eine solche Ausdehnung des Begriffes der Parteibezeichnung nicht zu einer Umgehung der Parteifähigkeit führen könnte.¹³⁴

¹³² Stähelin S. 21.

¹³³ Kleffmann S. 43.

¹³⁴ Fabricius S. 197/208f; Fenn (ZZP 84 (1973) S. 179) spricht mit Bezug auf die Zulassung von Sammelbezeichnungen von einem "allzu durchsichtigen Schleichweg".

5.2 Sammelbezeichnungen bei rechtsunfähigen Personenvereinigungen

In der Gerichtspraxis sind z. Bsp.¹³⁵ folgende Parteibezeichnungen geläufig: Kollektivgesellschaft X c. Y; A c. Stockwerkeigentümergeinschaft B. Bei der rechtlichen Begründung dieses der Praxis geläufigen Vorgehens scheiden sich jedoch die Geister: Die einen sehen darin eine Zuerkennung von Parteifähigkeit an die betreffenden Gebilde, die anderen betrachten es als Spezialfall der Parteibezeichnung. Die praktischen Gründe, welche die Gerichte zu ihrem Vorgehen bewogen haben, liegen aber auf der Hand: Die Nennung der einzelnen Gesellschafter, Stockwerkeigentümer etc. im Rubrum erweist sich bei Personenverbindungen mit einer Vielzahl von Beteiligten in zunehmendem Masse als undurchführbar.¹³⁶ Zudem kann der dauernde Wechsel der an den rechtsunfähigen Gebilden Beteiligten dazu führen, dass das prozessuale Vorgehen der Gesamtheit in notwendiger Streitgenossenschaft erheblich erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht wird (Problem eines dauernden Parteiwechsels). Das selbständige Auftreten der betreffenden Gebilde im Rechtsverkehr ist ferner ein weiterer Grund für die Gerichte, gewisse rechtsunfähige Personenvereinigungen als solche im Prozess auftreten zu lassen.

Ob man die rechtsunfähigen Personenverbindungen als parteifähig betrachtet und ihnen die Parteistellung zuerkennt oder ob man die hinter dem rechtsunfähigen Gebilde stehenden Personen als Partei betrachtet, ist für zahlreiche Fragen - Beurteilung des Vorliegens eines Parteiwechsels, Zulassung zur Nebenintervention, Probleme im Zusammenhang mit der Rechtskraft etc. - entscheidend.¹³⁷

¹³⁵ Vgl. etwa zur Kollektivgesellschaft BGE 39 II 79; BGE 72 II 180; zur Stockwerkeigentümergeinschaft etwa Pra 73 Nr. 89; ZR 77 Nr. 116/117.

¹³⁶ Fabricius S. 15.

¹³⁷ Vgl. Teil 5 hiernach.

Es ist somit angesichts der Konsequenzen von grosser Bedeutung, ob man das Auftreten solcher rechtsunfähiger Gebilde vor Gericht als Frage der Parteibezeichnung oder als Frage der Parteifähigkeit interpretiert. Deshalb hat man sich konsequent für die eine oder die andere Lösung zu entscheiden.

Zu einer unexakten Begrifflichkeit kann dabei m.E. die Lehre Wachs führen. Wach teilt die Parteifähigkeit in eine formelle und in eine materielle auf.¹³⁸ Er versteht unter materieller Parteifähigkeit die prozessuale Rechtssubjektivität, die formelle Parteifähigkeit fasst er lediglich als Berechtigung auf, mit eigenem Namen vor Gericht aufzutreten. Die formelle Parteifähigkeit setzt dabei nach Wach keine Rechtsfähigkeit voraus und kann daher vom Prozessrecht jedem Gebilde zugestanden werden, für das ein entsprechendes Bedürfnis besteht. Auf die eigentliche Parteistellung hat diese Berechtigung nach Wach jedoch keinen Einfluss.¹³⁹ Es handelt sich nach ihm dabei um eine reine Frage der Parteibezeichnung

Weshalb Wach überhaupt den neuen Begriff der "formellen Parteifähigkeit" kreiert hat, wenn er doch darunter lediglich das Auftreten eines rechtsunfähigen Gebildes unter einer Sammelbezeichnung als Sonderfall der Parteibezeichnung ohne darüber hinausgehende Bedeutung versteht, ist nicht recht einzusehen.¹⁴⁰ Mit besonderer Vorsicht ist dem Begriff der formellen Parteifähigkeit insbesondere aber deshalb zu begegnen, weil ein bedeutender Teil der Lehre ¹⁴¹ den betreffenden rechtsunfähigen Gemeinschaften die Parteifähigkeit zuerkennt, ohne dabei genau zu präzisieren, ob dies nun wirklich oder nur scheinbar geschieht.

¹³⁸ Wach S. 519.

¹³⁹ Wach S. 521.

¹⁴⁰ Vgl. Fabricius S. 171 zum Begriff der "formellen Einheit".

¹⁴¹ Vogel S. 85 N. 4, S. 86 N. 8; Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2; Eichenberger S. 31 u. a.

Dass Wachs Terminologie zu problematischen Begriffsbildungen führen kann, zeigen z. B. die Ausführungen von Walder¹⁴², wonach die Kollektivgesellschaft, wenn sie unter ihrer Firma vor Gericht auftritt, nur scheinbar die Parteifähigkeit in Anspruch nehme. Ihre Firma sei nur der Name, unter dem sie vor Gericht auftrete, Parteien seien im Grunde genommen die einzelnen Gesellschafter dieser Gebilde. Es sei aber nicht so, heisst es etwas später, dass die Gesellschaft nur als Vertreterin ihrer Gesellschafter den Prozess führen würde; sie sei vielmehr selber als Partei anerkannt, sie sei selber parteifähig.¹⁴³ Solche Formulierungen sind m.E. geeignet, die Gegensätzlichkeit der Standpunkte - Zulassung von nach der h. L. rechtsunfähigen Personenverbindungen als (wirklich und nicht nur formell) parteifähige Parteien oder Zuerkennung der Parteistellung an die hinter dem rechts- und parteiunfähigen Gebilde stehenden Personen, welche als natürliche Personen parteifähig sind - zu verwischen.

Kleffmann¹⁴⁴ hat die Sammelbezeichnung für Teilnehmer einer nicht rechtsfähigen Gesamtheit in die "Gruppe der nachträglichen Individualisierung" eingeordnet und sie damit als Sonderfall der Parteibezeichnung behandelt. Er hat dabei aber übersehen, dass es im Falle des Auftretens von rechtsunfähigen Gebilden unter einer Sammelbezeichnung in der Regel gerade nicht zu einer nachträglichen Individualisierung kommt, und dass die Rechtskraft des auf den Namen der nicht rechtsfähigen Gesamtheit lautenden Urteils auf die jeweiligen Beteiligten (Gesellschafter, Gemeinschaftler) erstreckt zu werden pflegt,¹⁴⁵ unabhängig

¹⁴² Walder § 8 Rz 1 a. E.

¹⁴³ Walder ebd. § 8 Rz 2.

¹⁴⁴ Kleffmann S. 196.

¹⁴⁵ Vgl. Guldener S. 126 oben und Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2. Das Institut des Parteiwechsels wird m.E. aber umgangen, wenn man die formelle Parteifähigkeit der Personengesellschaft dahingehend versteht, dass ein Ausscheiden alter und ein Eintritt neuer Gesellschafter den Prozess nicht berühre. Auch wenn es zu keiner Beeinträchtigung

davon, ob seit Anhebung der Klage ein Teilnehmerwechsel stattgefunden hat oder nicht. Das Nicht-Individualisieren-Müssen der hinter dem rechtsunfähigen Gebilde stehenden Beteiligten ist ja gerade ein Grund für die Einführung von Sammelbezeichnungen. Dies macht die Praktikabilität der Zulassung von Sammelbezeichnungen gerade aus.

Aus diesen Gründen ist m.E. das Zulassen von Sammelbezeichnungen als etwas qualitativ anderes und nicht nur als ein Sonderfall des Institutes der Parteibezeichnung aufzufassen. Der Gedanke einer formellen Parteifähigkeit ¹⁴⁶ bei rechtsunfähigen Gebilden ist m.E. unglücklich und missverständlich, weil in der Literatur meistens nur von der Parteifähigkeit solcher Gebilde ohne einschränkenden Zusatz die Rede ist. Kleffmann ¹⁴⁷, der das Auftreten solcher Gebilde unter einer Sammelbezeichnung als Unterfall der Parteibezeichnung einstuft, ist in seiner Ansicht immerhin insofern konsequenter gewesen als die Vertreter einer formellen Parteifähigkeit, als er von der "Parteionfähigkeit des Ganzen" ausgegangen ist.

Gegen das Auftreten von parteionfähigen Gebilden unter Sammelnamen ist in der Lehre mit guten Gründen Stellung bezogen worden. So sind Hauser/Hauser ¹⁴⁸ der Ansicht, dass die Verwendung eines Sammelnamens, der nicht die klare Bezeichnung einer parteifähigen Personenverbindung oder Vermögensmasse darstellt, unzulässig ist. Sie begründen dies u. a. damit, dass Entscheide mit ungenügender Parteibezeichnung nicht vollstreckbar sind und verweisen dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Schuldbetreibungs-

des Haftungssubstrates kommt, werden dennoch die Bestimmungen über den Parteiwechsel einfach ignoriert (vgl. Kapitel XVIII hiernach).

¹⁴⁶ Die Lehre von der formellen Parteifähigkeit ist seit jeher auf Widerstand gestossen: Jäger (S. 12): "Das Gesetz kennt nur eine Parteifähigkeit. Es stellt den formellrechtlichen Begriff der Parteifähigkeit ab auf den materiellrechtlichen der Rechtsfähigkeit."

¹⁴⁷ Kleffmann S. 196.

¹⁴⁸ Hauser/Hauser S. 559.

und Konkursrechts, welche an die Bezeichnung des betreibenden Gläubigers und des betriebenen Schuldners hohe Anforderungen stellt.¹⁴⁹ Dass es gefährlich ist, die zentrale Funktion des Institutes der Parteibezeichnung - die Identifizierung der Partei - zu vergessen, hat ferner Bischofberger¹⁵⁰ aufgezeigt. Eine allzu grosszügige Zulassung von Parteiberichtigungen - ungenügende Parteibezeichnungen sind beim Auftreten von parteiunfähigen Personenverbindungen häufig - kann zu einer Umgehung der Bestimmungen über den Parteiwechsel führen und es kann überhaupt zu einer bedenklichen Praxis mit Bezug auf die Zulassung von Parteiberichtigungen kommen.

5.3 Prozesse im Namen von rechtsunfähigen Sondervermögen

Sträuli/Messmer¹⁵¹ vertreten die Ansicht, die Konkursmasse sei lediglich die Bezeichnung, unter welcher die Konkursverwaltung die Rechte des Gemeinschuldners wahre. Auch Guldener¹⁵² ist der Auffassung, die Masse sei nichts anderes als der Name, unter welchem die Konkurs- bzw. die Liquidationsmasse als Stellvertreter des Schuldners den Prozess führen. Nach Walder¹⁵³ stellt der Konkursverwalter einer der Fälle von Prozessführung von über Drittrechte Verfügungsberechtigten dar, wobei bei der Parteibezeichnung nicht immer gleich vorgegangen werde.

¹⁴⁹ Vgl. etwa BGE 80 III 9 E. 2

¹⁵⁰ Bischofberger S. 77.

¹⁵¹ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 20.

¹⁵² Guldener S. 126/127.

¹⁵³ Walder § 9 Anm. 19: Walder verweist an dieser Stelle auf Holenstein; er geht ansonsten aber klar von der wirklichen Parteifähigkeit der Konkursmasse sowie weiterer Sondervermögen aus (vgl. § 8 Rz 3).

Auch bei rechtsunfähigen Sondervermögen versucht man also die Anerkennung als parteifähige Prozesssubjekte zu unterbinden, indem man die Zulassung solcher rechtsunfähiger Sondervermögen vor Gericht einfach als Sonderfall der Parteibezeichnung einstuft. Diese Ansicht hat sich aber nicht durchsetzen können. Ein bedeutender Teil der Lehre geht heute von der "wirklichen Parteifähigkeit" gewisser Sondervermögen aus.¹⁵⁴ M.E. kann das Auftreten gewisser vom Gesetzgeber in hohem Masse verselbständigter Sondervermögen nicht einfach unter dem Titel "Parteibezeichnung" ad acta gelegt werden. Einzig die Anerkennung als parteifähige Prozesssubjekte scheint dem Auftreten dieser Sondervermögen, welche ihre Existenz einem bestimmten Zweck verdanken,¹⁵⁵ vor Gericht gerecht werden zu können.

¹⁵⁴ Vgl. z. Bsp. Kummer S. 62; Vogel S. 86/87; die Amtstheorie hat in der schweizerischen Lehre keinen Siegeszug antreten können; das Bundesgericht hat allerdings bezüglich des Auftretens des Sachwalters beim Anlagefonds der Amtstheorie den Vorzug gegeben (vgl. BGE 100 II 63 E. 4 sowie unter 14.2.2.3 hiernach).

¹⁵⁵ Walder § 8 Anm. 21.

Kapitel VI

ZIVILPROZESSUALE RECHTSFÄHIGKEIT UND BETREIBUNGSRECHTLICHE RECHTSFÄHIGKEIT

In der Lehre zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht unterscheidet man entsprechend der zivilrechtlichen Unterteilung in Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit zwischen dem Begriff der Parteifähigkeit - identische Bezeichnung des betreibungsrechtlichen Begriffs wie im Zivilprozessrecht - und der Betreuungsfähigkeit.¹⁵⁶ Gläubiger- bzw Schuldnerstellung kann dabei - entsprechend der Tendenz im Zivilprozessrecht zu einer Ausweitung des Parteifähigkeitsbegriffes über die natürlichen und juristischen Personen hinaus - neben den natürlichen und juristischen Personen auch der Handelsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), der Konkursmasse sowie der Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zukommen. Auch der Stockwerkeigentümergeinschaft wird wie im Zivilprozess¹⁵⁷ so auch im Betreibungsverfahren Parteifähigkeit zuerkannt.¹⁵⁸

In den vorerwähnten Fällen decken sich die zivilprozessuale und die betreibungsrechtliche Parteifähigkeit. Ein Sonderfall stellt in diesem Zusammenhang die Erbschaft vor der Teilung dar. Art. 49 SchKG erklärt die Erbschaft im Zusammenhang mit Betreibungen insofern parteifähig, als sie in der auf den Verstorbenen anwendbaren Betreibungsart betrieben werden kann, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht ange-

¹⁵⁶ Amonn S. 75; Fritzsche/Walder § 9 Rz 1ff und § 9 Rz 8ff.

¹⁵⁷ Vogel S. 86 N. 8; Walder § 8 Rz 7.

¹⁵⁸ Fritzsche/Walder § 9 Rz 4 sowie § 9 Anm. 8.

ordnet ist.¹⁵⁹ Hier fallen nach der Meinung Walders die zivilprozessuale und die betreibungsrechtliche Parteifähigkeit auseinander. Walder geht davon aus, dass der Zivilprozess nur die einzelnen Erben als Parteien kennt¹⁶⁰ und hält deshalb die dem Zivilprozess fremde Konstruktion des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts für problematisch.¹⁶¹

Infolge des funktionellen Zusammenhangs zwischen dem Zivilprozessrecht und dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht¹⁶² erscheint ein Auseinanderklaffen zwischen der zivilprozessualen und der betreibungsrechtlichen Parteifähigkeit als systemwidrig. Nur die Uebereinstimmung der beiden Parteifähigkeiten kann der Interdependenz zwischen dem Zivilprozess- und dem Vollstreckungsrecht gerecht werden. Daher ist der Meinung Guldener¹⁶³ zu folgen, der, soweit es sich darum handelt, ein Urteil als Grundlage für die Betreibung gegen die Verlassenschaft zu erwirken, der Verlassenschaft auch im Zivilprozess - allerdings nur passive - Parteifähigkeit zuerkennt.

¹⁵⁹ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3.

¹⁶⁰ Walder § 7 Rz 28.

¹⁶¹ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3.

¹⁶² Amonn S. 19; Blomeyer (Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren S. 23 § 8 II 1) hat ausgeführt, dass die Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren derjenigen im Erkenntnisverfahren entspricht. Vgl. ferner Gauch N. 2005 und N. 2009.

¹⁶³ Guldener S. 88f.

Kapitel VII

PARTEIFÄHIGKEIT ALS ERFORDERNIS DER AM PROZESS BETEILIGTEN

7.1 Parteifähigkeit der Parteien

7.1.1 Parteifähigkeit der Einzelpartei

Die Parteifähigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung für jede im Zivilprozess als Partei - in der Kläger- oder in der Beklagtenrolle - auftretende Person dar.¹⁶⁴

7.1.2 Parteifähigkeit bei der notwendigen Streitgenossenschaft

Walder¹⁶⁵ bedient sich der Formulierung, wonach die notwendige Streitgenossenschaft als eine Partei zu betrachten sei. Durch diese Ausdrucksweise wird die Frage aufgeworfen, ob im Falle einer notwendigen Streitgenossenschaft eine "einheitliche Streitpartei"¹⁶⁶ oder eine Mehrheit von Parteien vorliegt. Nach Wieczorek¹⁶⁷ liegt prozessual gesehen der Unterschied zwischen einer Partei und einer Mehrheit von Parteien nur darin, inwieweit mehrere Rechtspersonen einheitlich als Träger des (auszutragenden) Streites anzusehen sind, m. a. W., inwieweit die Befriedigung nur möglich ist, wenn sie als Einheit behandelt werden. Nach Wieczorek findet sich dabei in den Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft eine Uebergangsform.

¹⁶⁴ Reich S. 9.

¹⁶⁵ Walder § 11 Rz 29.

¹⁶⁶ Holzhammer S. 30ff: Das österreichische Recht kennt das Institut der einheitlichen Streitpartei.

¹⁶⁷ Wieczorek S. 264.

Die Frage, ob bei der notwendigen Streitgenossenschaft eine einheitliche Streitpartei vorliegt oder eine Mehrheit von Parteien, ist bedeutsam: Einer Gesamtpartei entspricht eine gemeinschaftliche Parteifähigkeit, so wie einer Mehrheit von Parteien die Parteifähigkeit jedes einzelnen dieser Mehrheit entspricht. Fabricius¹⁶⁸ hat mit Bezug auf die Gesamtpartei den Ausdruck "kollektive Parteifähigkeit" geprägt.

In den kantonalen Zivilprozessgesetzen ¹⁶⁹, in der schweizerischen Rechtspflegegesetzgebung ¹⁷⁰ und in der schweizerischen Lehre ist aber der Uebergang von der formalen Personenmehrheit zur materiellen Personeneinheit nie gewagt worden. In der Formulierung Walders, wonach die notwendige Streitgenossenschaft als eine Partei zu betrachten ist,¹⁷¹ ist jedoch ein Ansatz zu einem neuen Verständnis der notwendigen Streitgenossenschaft zu beobachten. In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen von Habscheid¹⁷², wonach bei einer eigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft die mehreren zusammenwirkenden Personen die Partei sind, eigentlich also keine Mehrheit von Parteien vorliegt. Für das Vorliegen einer Partei und nicht einer Mehrheit von Parteien spricht auch der Umstand, dass es Prozesse gibt, in denen auf der einen Seite ein notwendiger Streitgenosse der Streitgenossenschaft als solcher gegenübersteht. Nach der h. L. lassen sich solche Prozesse nicht in das Zweiparteiensystem einfügen. Für das Vorliegen einer einheitlichen Streitpartei spricht schliesslich der Umstand, dass die notwendigen Streitgenossen nur gemeinschaftlich zur Sache legitimiert sind. Der gemein-

¹⁶⁸ Fabricius S. 146.

¹⁶⁹ ZPO (ZH) § 39 "Mehrere Personen müssen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden..." geht aufgrund dieses Wortlauts klar von einer Parteienmehrheit bei der notwendigen Streitgenossenschaft aus.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 24 Abs. 2 lit. a BZP

¹⁷¹ Walder § 11 Rz 29.

¹⁷² Habscheid S. 183.

schaftlichen Sachlegitimation¹⁷³ entspricht die gemeinschaftliche Parteifähigkeit.

Die herrschende schweizerische Lehre und Praxis geht bei der notwendigen Streitgenossenschaft jedoch immer noch von der Parteifähigkeit jedes einzelnen der notwendigen Streitgenossen aus.¹⁷⁴ Die notwendige Streitgenossenschaft wird dabei in der schweizerischen Zivilprozessrechtslehre in getreuer Anlehnung an das Zivilrecht als "prozessuale Gesamthand" ¹⁷⁵ aufgefasst. Holzhammer hat die "prozessuale Gesamthand" folgendermassen umschrieben: "Jeder Streitgenosse ist zwar formal Partei seines Verfahrens, dessen Gang wird aber vom Gremium der Parteien gelenkt, weil die notwendig einheitliche Prozessführung kein vielförmiges Verhalten erlaubt."¹⁷⁶ De lege ferenda ist aber der Uebergang zu einer einheitlichen Streitpartei zu empfehlen. Eine solche mit kollektiver Parteifähigkeit ausgestattete Gesamtpartei könnte dem zivilrechtlichen Institut der Gesamthandschaft und dem für dieses Institut spezifischen Problem der Verbindung von Einheit und Vielheit ¹⁷⁷ durchaus gerecht werden und würde lediglich eine Akzentverschiebung zugunsten der Einheit darstellen. Dies wäre auch ganz im Sinne von Hennecke ¹⁷⁸, der von einer eigenständigen Rechtsträgerschaft der Gesamthand ausgeht.

¹⁷³ Sträuli/Messmer § 39 N. 12: "Sind nicht alle Streitgenossen in den Prozess einbezogen, so fehlt es an der Aktiv- bzw. Passivlegitimation der Partei."

¹⁷⁴ Guldener S. 299.

¹⁷⁵ Vgl. zum Ausdruck Holzhammer S. 40.

¹⁷⁶ Holzhammer S. 40.

¹⁷⁷ Kunz S. 2.

¹⁷⁸ Hennecke S. 63.

7.1.3 Parteifähigkeit bei der einfachen Streitgenossenschaft

Während bei der notwendigen Streitgenossenschaft nach richtiger Ansicht eine Partei und ein Prozess vorliegt¹⁷⁹, stellt die subjektive Klagenhäufung, als welche die einfache Streitgenossenschaft auch bezeichnet wird¹⁸⁰, die Vereinigung mehrer Prozesse in einem Verfahren dar.¹⁸¹ Da bei der einfachen Streitgenossenschaft vom Vorliegen mehrer Prozessrechtsverhältnisse auszugehen ist, ist das Vorliegen der Parteifähigkeit bei jedem einzelnen der einfachen Streitgenossen massgebend.

7.1.4 Parteifähigkeit des Hauptintervenienten

Der Hauptintervenient muss die allgemeinen Prozessvoraussetzungen erfüllen, die sich auf seine Person beziehen. Die Parteifähigkeit bildet für einen Hauptintervenienten die Voraussetzung dafür, dass er ein Sachurteil erlangen kann.¹⁸²

7.2 Parteifähigkeit Dritter

7.2.1 Parteifähigkeit der Nebenparteien

Um als Intervenient oder Streitberufener in einem Prozess auftreten zu können, müssen in der Person des Nebenintervenienten bzw. des Streitberufenen diejenigen Voraussetzungen vorliegen, die auch eine Partei erfüllen muss, um ein Sachurteil zu erlangen. Der Intervenient und der Streitberufene müssen parteifähig sein.¹⁸³

¹⁷⁹ Vgl. die graphische Darstellung der notwendigen Streitgenossenschaft bei Walder, Tafeln, § 1 Tafel 1.

¹⁸⁰ Walder § 11 Rz 13.

¹⁸¹ Guldener S. 301.

¹⁸² Stähelin S. 142.

¹⁸³ Stähelin S. 45/S. 99.

7.2.2 Parteifähigkeit des Prozessvertreters

7.2.2.1 Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit des gewillkürten Vertreters

Nach der h. L. sind die Kantone befugt, über die Stellvertretung im Zivilprozess Bestimmungen aufzustellen.¹⁸⁴Nach § 29 Abs. 1 ZPO (ZH) können sich die Parteien (...) durch eine andere handlungsfähige Person vertreten lassen. Eine bevormundete Person, eine Handelsgesellschaft oder ein Vereinssekretariat können nicht Prozessvertreter sein.
185

7.2.2.2 Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit des gesetzlichen Vertreters

Welche gesetzlichen Vertreter kraft ihrer Vollmacht auch Prozesse führen dürfen sowie die Voraussetzungen persönlicher Art, denen der gesetzliche Vertreter für die Führung eines Prozesses zu genügen hat, regelt das materielle Recht. Nach dem materiellen Recht können nur handlungsfähige Personen gesetzliche Vertreter sein:¹⁸⁶"Fehlt einer natürlichen Person die Prozessfähigkeit, so hat der gesetzliche Vertreter ihre Interessen im Prozess wahrzunehmen, wobei dieser seinerseits prozessfähig sein muss."¹⁸⁷

¹⁸⁴ Näf S. 22 und S. 38.

¹⁸⁵ Sträuli/Messmer § 29 N. 1 mit Hinweisen.

¹⁸⁶ Vgl. die Aufzählung der gesetzlichen Prozessvertreter bei Näf S. 39 bis S. 48.

¹⁸⁷ Stähelin S. 35.

7.2.2.3 Die Parteifähigkeit der Prozessvertreter

Selbständige handlungsfähige Subjekte sind nach h. L. immer auch rechtsfähig.¹⁸⁸ Ebenso wird in der heutigen Zivilprozessrechtslehre davon ausgegangen, dass prozessfähige Prozesssubjekte immer auch parteifähig sind. Für die Prozessfähigkeit ist das Vorliegen der Parteifähigkeit Voraussetzung. Nur eine parteifähige Partei kann prozessfähig sein.¹⁸⁹ Aus der Prozessfähigkeit des Prozessvertreters folgt auch dessen Parteifähigkeit. Selbst im Falle des Festhaltens am absoluten Parteifähigkeitsbegriff ist von der Parteifähigkeit des Prozessvertreters auszugehen.

Es ist weiter vorne ¹⁹⁰ ausgeführt worden, dass der Prozessführungsbefugte als eine besondere Art von Prozessvertreter anzusehen ist. Dem Prozessführungsbefugten muss daher m.E. auch Parteifähigkeit zukommen.

Bei Zugrundelegen des relativen Parteifähigkeitsbegriffes fällt auf, dass dem Vertreter im Vergleich zum Vertretenen ein grösseres Handlungsvermögen zukommt, kann der Vertreter doch nicht nur für sich sondern noch für den Vertretenen rechtlich tätig werden. Die Parteifähigkeit des Vertreters erscheint so betrachtet als umfassender, die des Vertretenen als vermindert.

¹⁸⁸ Bucher Art. 11 ZGB N. 28.

¹⁸⁹ Sträuli S. 52.

¹⁹⁰ Vgl. unter 4.2.2.2 hiavor.

Teil 2

DIE MANGELNDE PARTEIFÄHIGKEIT

Kapitel VIII

PARTEIFÄHIGKEIT - EINE PROZESSVORAUSSETZUNG

8.1 Im allgemeinen

Die schweizerische Zivilprozessrechtslehre sowie die kantonalen und eidgenössischen Rechtspflegegesetze zählen die Parteifähigkeit zu den Prozessvoraussetzungen.¹⁹¹ Nach der h. L. bildet das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen Rechtsbedingung für die Zulässigkeit eines Sachurteils.¹⁹² Auch von Seiten einer Rechtsmittelinstanz kann ein Sachurteil nur bei Vorliegen der Prozessvoraussetzungen ergehen.¹⁹³ Statt von Prozessvoraussetzung wird daher auch von Sachurteilsvoraussetzung gesprochen.¹⁹⁴ Da bei ihrem Fehlen ein Sachurteil nicht ergehen darf, sollten die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen geprüft werden. Die Prozessgesetze und die Gerichtspraxis gehen denn auch meist von diesem Grundsatz aus, selbst wenn sie Einredemöglichkeiten regeln.¹⁹⁵

Meist stellt sich das Problem mangelnder Parteifähigkeit als prozessuale Vorfrage.¹⁹⁶ Das Erfordernis der Parteifähigkeit soll als Prozessvoraussetzung sicherstellen, dass nur gegen Prozesssubjekte Sachurteile ergehen, die, sei es als vom materiellen Recht anerkannte Rechtssubjekte (natürliche und juristische Personen), sei es als durch das materielle

¹⁹¹ Statt vieler Guldener S. 124ff; Walder § 25 Rz 4.

¹⁹² Guldener S. 220.

¹⁹³ Sträuli/Messmer § 108 N. 1.

¹⁹⁴ Rosenberg S. 545.

¹⁹⁵ Vogel § 7 N. 78 S. 138.

¹⁹⁶ Zur Ausnahme vgl. Kapitel IX hiernach.

Recht in hohem Masse verselbständigte Gebilde, ein personales Substrat mit einer gewissen Konsistenz garantieren. Die Parteifähigkeit regelt, wer Ansprüche überhaupt durchsetzen kann und gegen wen dies möglich ist.¹⁹⁷ Das Erfordernis der Parteifähigkeit hat damit gewissermassen die Funktion eines Filters.

Die Behandlung der Parteifähigkeit als Prozessvoraussetzung ist in den kantonalen Gesetzen im einzelnen - nicht aber im grundsätzlichen - recht unterschiedlich.¹⁹⁸ Die folgenden Ausführungen¹⁹⁹ beschränken sich auf die Regelung im Zürcher Zivilprozess.

8.2 Die Behandlung der Parteiunfähigkeit im zürcherischen Zivilprozess

8.2.1 Heilung des Mangels

Das Gericht muss notwendigerweise das Vorhandensein der Parteifähigkeit von Amtes wegen feststellen. Ist die Parteiunfähigkeit einer Partei offenkundig, so hat das Gericht, falls der Mangel heilbar ist, zur Behebung des Mangels Frist anzusetzen, unter der Androhung, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde. In vielen Fällen des Mangels der Parteifähigkeit handelt es sich darum, dass der Kläger seine eigene oder die beklagte Partei nicht richtig bezeichnet hat; in diesem Bereich ist dann eigentlich das vorliegende Problem identisch mit demjenigen der falschen Parteibezeichnung.²⁰⁰ Dabei hat es die Meinung, dass im Falle der Verbesserung der Mangel ohne Folgen sein soll. Die Behebung des Mangels der Parteifähigkeit durch Verbesserung der Parteibezeichnung wirkt ex tunc.²⁰¹ Die Zulassung der Berichtigung rein formaler Mängel

¹⁹⁷ Blomeyer ZZP 81 S. 35.

¹⁹⁸ Guldener S. 220ff.

¹⁹⁹ Vgl. unter 8.2 hiernach.

²⁰⁰ Sträuli S. 56.

²⁰¹ Guldener S. 283.

hat die Funktion, dass die Durchsetzung der materiellrechtlichen Ansprüche nicht durch eine übertriebene Formstrenge in den Prozessgesetzen unnötig erschwert wird.²⁰² Eine Verbesserung der Parteibezeichnung sollte aber zur Heilung der Parteiunfähigkeit nur dann zugelassen werden, wenn aufgrund der fehlerhaften Parteibezeichnung dennoch mit Bestimmtheit hervorgeht, für welche oder gegen welche Partei der Rechtsschutz verlangt worden ist.²⁰³ Denn die Zulassung der Berichtigung von Parteibezeichnungen zur Behebung der Parteiunfähigkeit sollte keine Handhabe für die Umgehung der Bestimmungen über den Parteiwechsel bieten²⁰⁴ und auch nicht zu einer Umgehung des Institutes der Parteifähigkeit selbst führen.²⁰⁵

Ein anderer Fall der Heilung liegt vor, wenn die Partei im Laufe des Prozesses die Parteifähigkeit erwirbt (z. Bsp. ein Verein i. S. von Art. 60ff ZGB dadurch, dass nachträglich Statuten geschaffen werden, aus denen der Wille, als Körperschaft zu existieren, ersichtlich ist). Wenn man davon ausgeht, dass es zur Vornahme jeder einzelnen Prozesshandlung der Parteifähigkeit bedürfe, ansonsten diese unzulässig seien - die Parteifähigkeit somit als Prozesshandlungsvoraussetzung betrachtet²⁰⁶ - so wird durch den Erwerb der Parteifähigkeit pendente lite die bisherige Prozessführung durchaus nicht zulässig. Für die Heilung ist die Genehmigung der bisherigen Prozessführung der parteifähig gewordenen Partei relevant. Eine stillschweigende Genehmigung ist immer in der rügelosen Fortsetzung des Prozesses durch die parteifähig gewordene

²⁰² Sträuli S. 37.

²⁰³ Vgl. Hauser/Hauser S. 592: "Indessen ist die Berichtigung der ursprünglichen Parteibezeichnung nur unter Wahrung der Identität zulässig."

²⁰⁴ Vgl Kapitel XVIII hiernach.

²⁰⁵ Vgl. Kapitel V hiervor.

²⁰⁶ Rosenberg S. 364.

Partei zu erblicken.²⁰⁷

8.2.2 Reihenfolge der Prüfung der Parteifähigkeit

8.2.2.1 Vorrangige Prüfung bestimmter Prozessvoraussetzungen

In der deutschen Literatur ist verschiedentlich ²⁰⁸eine bestimmte Reihenfolge in bezug auf die Prüfung der Prozessvoraussetzungen postuliert worden. Diese Meinungen vermögen aber insgesamt nicht zu überzeugen, weshalb der Ansicht Neumanns²⁰⁹zu folgen ist, welcher die Reihenfolge der Prüfung der verschiedenen Prozessvoraussetzungen dem Ermessen des Richters überlässt.

8.2.2.2 Prüfung der Zulässigkeit vor der Begründetheit der Klage

210

Gundsätzlich ist die Parteifähigkeit nach Eingang der Klage zu prüfen.²¹¹Es liegt im Wesen des Institutes der Prozessvoraussetzungen, dass die Bedingungen für die Zulässigkeit der Klage vor den Erfordernissen für die Begründetheit der Klage geprüft werden sollten.²¹²Die Unterteilung des Zivilprozesses in einen "Formalprozess" und in einen "Sachprozess"²¹³lässt sich aber nicht rigoros durchführen. Häufig lässt sich nämlich das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen erst aufgrund der Klagebegründung oder der Klageantwort beurteilen.²¹⁴Eine Abklärung der Parteifähigkeit kann sich nach Aufnahme der Verhandlung zur Sache

²⁰⁷ Sträuli S. 56/57.

²⁰⁸ Neumann S. 23ff mit Hinweisen.

²⁰⁹ Neumann S. 128.

²¹⁰ Zur Terminologie vgl. etwa Blomeyer, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit.

²¹¹ Sträuli/Messmer § 108 N. 10.

²¹² Reich S. 9; a. M. Gilles S. 21/22.

²¹³ Reich S. 11.

²¹⁴ Sträuli/Messmer § 108 N. 10.

aber nicht nur mangels früherem Entdecken von Mängeln aufdrängen, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass die ursprünglich vorhandene Parteifähigkeit nachträglich dahingefallen ist. Die Prüfung der Parteifähigkeit hat auch im übrigen nicht absoluten Vorrang vor der Verhandlung zur Sache. Die Einrede fehlender Parteifähigkeit berechtigt den Beklagten nicht, die Einlassung auf die Sache zu verweigern.²¹⁵ Das Gericht kann - muss aber nicht - das Hauptverfahren vorerst auf die Frage der Parteifähigkeit beschränken. Wenn sich der Prozess dadurch vereinfachen lässt, muss es allerdings die Frage der Prozessvoraussetzungen durch einen Vorentscheid erledigen.²¹⁶

8.2.3 Prüfung der Parteifähigkeit von Amtes wegen

Das Vorliegen der Parteifähigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen.²¹⁷ Dem Gericht kann der Mangel der Parteifähigkeit verborgen bleiben, obschon es sich von deren Vorhandensein von Amtes wegen zu überzeugen hat. Dies erklärt sich z. T. daraus, dass die Officialmaxime das Gericht nicht dazu berechtigt und verpflichtet, den Sachverhalt über den Rahmen der Parteivorbringen hinaus selbständig zu erforschen.²¹⁸ Eine Mitwirkung der Parteien zur Abklärung des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen ist daher als Ergänzung vorgesehen. Der Mangel einer Prozessvoraussetzung kann von einer Partei in jedem Stadium des Prozesses und auch noch in zweiter Instanz durch Einrede gerügt werden.²¹⁹ Dies ist eine Folge davon, dass die Prüfung der Prozessvoraussetzungen dem Officialprinzip unterliegt.

²¹⁵ Sträuli/Messmer § 108 N. 9.

²¹⁶ Sträuli/Messmer § 108 N. 9.

²¹⁷ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 17.

²¹⁸ Sträuli/Messmer § 142 N. 2 mit Hinweisen.

²¹⁹ Sträuli/Messmer § 269 N. 5.

8.2.4 Stellung der parteiunfähigen Partei bei zweifelhafter oder bestrittener Parteifähigkeit

Bis über die Parteifähigkeit entschieden ist, muss auch der Parteiunfähige zum Prozess zugelassen werden.²²⁰ Auch in diesen Fällen kann die Ansetzung einer Frist durch das Gericht zur Behebung des Mangels die Situation auf eine schnelle Art bereinigen.²²¹

Bei zweifelhafter oder bestrittener Parteifähigkeit sind grundsätzlich zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder stellt sich das Problem der Parteifähigkeit als prozessuale Vorfrage oder sie bildet den eigentlichen Streitgegenstand des Prozesses.²²² Wenn sich das Problem der Parteifähigkeit als prozessuale Vorfrage stellt, muss neben den Fällen, wo es um die Bejahung der Parteifähigkeit im Rahmen eines besonderen Vorbeschlusses bzw. zusammen mit den Sachfragen im Endurteil oder um die Verneinung der Parteifähigkeit in einem Prozessurteil geht, noch jener Spezialfall Erwähnung finden, wo eine an sich aufgelöste Gesellschaft noch um letzte umstrittene Rechte streitet, wofür sie unabhängig vom Ausgang des Prozesses in jedem Fall noch zu einem Sachurteil zugelassen wird.²²³ All diesen Fällen ist aber gemeinsam, dass die hinsichtlich ihrer Prozessstellung umstrittenen Parteien, bis zum Entscheid über ihre Parteifähigkeit zum Verfahren zugelassen werden müssen. Dies beinhaltet zugleich die Zuerkennung einer minimalen oder einstweiligen Parteifähigkeit.²²⁴

²²⁰ Walder (§ 8 Anm. 31) verweist dabei auf BGE 73 II 81.

²²¹ Reich S. 44.

²²² Vgl. Kapitel IX hiernach.

²²³ Vgl. Kapitel IX hiernach.

²²⁴ Blomeyer (Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren S. 46) spricht von einer bedingten Parteifähigkeit.

8.2.5 Entscheid über das Vorliegen bzw. Fehlen der Parteifähigkeit

Die Bejahung einer bestrittenen Parteifähigkeit kann in Form eines Vorbeschlusses durch das Gericht vorgängig entschieden werden.²²⁵ Das Gericht braucht aber, wenn es die Parteifähigkeit als gegeben erachtet, keinen formellen Beschluss über das Eintreten auf die Klage zu fassen. Es kann die Bejahung der Parteifähigkeit zusammen mit den Sachfragen im Endurteil vornehmen. Bei der Wahl des Vorgehens hat sich das Gericht von prozessökonomischen Überlegungen leiten zu lassen.²²⁶

Steht der Mangel der Parteifähigkeit fest und wird er innert Frist nicht verbessert oder ist er überhaupt unheilbar, so ist auf die Klage nicht einzutreten, auch wenn das Gericht zuerst auf sie eingetreten war und der Mangel erst im Verlaufe des Prozesses entdeckt wurde.²²⁷ Damit ein Sachurteil ergehen darf, muss die Parteifähigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen, ansonsten ein Prozessurteil zu ergehen hat.²²⁸ Ein solcher Prozessentscheid ergeht als Beschluss oder Verfügung und steht einer erneuten Geltendmachung des materiellen Anspruchs nicht entgegen.²²⁹

8.2.6 Die Prüfung der Parteifähigkeit durch die Rechtsmittelinstanz

Für die Einlegung von Rechtsmitteln gilt die parteiunfähige Partei als parteifähig.²³⁰ Auch dies stellt die Zuerkennung einer einstweiligen (minimalen) Parteifähigkeit an die an sich parteiunfähige Partei dar. Ein von einer parteiunfähigen Partei ergriffenes Rechtsmittel darf nicht als

²²⁵ Sträuli/Messmer § 189 N. 5.

²²⁶ Sträuli/Messmer § 108 N. 13.

²²⁷ Sträuli/Messmer § 108 N. 14.

²²⁸ Walder, Prozesserledigung S. 10; vgl. aber Kapitel IX hiernach aufgeführten Ausnahmen.

²²⁹ Sträuli/Messmer § 191 N. 20.

²³⁰ Bruns S. 57/58: "Für einen Streit über die Parteifähigkeit ist die Partei, deren Parteifähigkeit bestritten ist, parteifähig auch hinsichtlich etwaiger Rechtsmittel." Vgl. ferner Jauernig S. 52/53.

unzulässig verworfen werden, denn sonst würde die dem Rechtsmittel als Institution innewohnende Funktion, eine ergangene Entscheidung der Nachprüfung durch die höhere Instanz zu unterbreiten, gerade nicht wahrgenommen, eine Bejahung also auch Verneinung von Fehlern der angefochtenen Entscheidung wäre ausgeschlossen.²³¹

Der zürcherische Gesetzgeber stellt verschiedene Rechtsmittel für die Ueberprüfung von Entscheiden über die Parteifähigkeit zur Verfügung:

Erfolgt die Bejahung in einem selbständigen Vorbeschluss, so eröffnet § 271 Ziff. 3 ZPO derartigen Beschlüssen gegenüber den Rekursweg.²³² Wird von der die Parteifähigkeit bestreitenden Partei der Rekurs nicht oder verspätet ergriffen, so sind dieser Partei im Rahmen des späteren Berufungsverfahrens Einreden gegen die Parteifähigkeit aufgrund von § 269 Abs. 2 ZPO verwehrt.²³³

Erfolgt die Bejahung der Parteifähigkeit zusammen mit der Entscheidung über die Sache im Endurteil, so kann die Frage nach dem Vorliegen der Parteifähigkeit, wenn die Voraussetzungen für eine Berufung vorliegen, auch im Berufungsverfahren gerügt werden.²³⁴

Gegen die die Parteifähigkeit verneinenden Prozessurteile stehen die Nichtigkeitsbeschwerde sowie der Rekurs - wenn die übrigen Voraussetzungen dafür gegeben sind - zur Verfügung.

²³¹ Blomeyer ZZP 81 S. 21.

²³² Sträuli/Messmer § 189 N. 5.

²³³ Sträuli/Messmer § 189 N. 5.

²³⁴ Sträuli/Messmer § 269 N. 5: "Die Berufungsinstanz hat von Amtes wegen zu prüfen, ob im erstinstanzlichen Verfahren die Prozessvoraussetzungen gegeben waren (...). Der Mangel einer Prozessvoraussetzung kann daher unter Vorbehalt von § 269 Abs. 2 ZPO, in zweiter Instanz auch von einer Partei gerügt werden, die selbst kein Rechtsmittel ergriffen hat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Entscheide, die in Verletzung von Vorschriften über die Prozessvoraussetzungen ergehen, mit Berufung oder Rekurs bzw. mit Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes angefochten werden können.²³⁵ Bezüglich der Revision geht die h. M. davon aus, dass ein Revisionsbegehren gegen Prozessentscheide die nicht in materieller Rechtskraft erwachsen, unzulässig ist.²³⁶ Möglich ist die Revision im Falle des Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen gegen ein trotz Fehlens der Parteifähigkeit ergangenes Sachurteil sowie gegen ein die Parteifähigkeit bejahendes Sachurteil.²³⁷

8.2.7 Probleme im Zusammenhang mit der Vollstreckung

8.2.7.1 Vollstreckung von in Rechtskraft erwachsenen Sachurteilen gegenüber parteiunfähigen Parteien

Auch Sachurteile, die zu Unrecht von der Parteifähigkeit der am fraglichen Prozess beteiligten Personen ausgehen, entfalten nach einem Teil der Lehre volle Wirksamkeit: "Es bedarf keiner besonderen Erörterung, dass jeder Prozess seinen endgültigen Abschluss finden können muss. Die im Endurteil zu- oder aberkannten Rechte sollen nicht in jedem beliebigen Zeitpunkt in Frage gestellt werden können."²³⁸ Folgt man dieser Lehrmeinung, so ergeben sich Probleme bei der Vollstreckung solcher Urteile: Da die Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren selb-

²³⁵ Sträuli/Messmer § 108 N. 15.

²³⁶ Sträuli/Messmer § 293 N. 2; erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Lehre, wonach ein Prozessurteil nicht in materieller Rechtskraft erwächst (Sträuli/Messmer § 191 N. 20) in neuerer Zeit angegriffen worden ist. Habscheid (SJZ 74 (1978) S. 204) betont, dass auch Prozessurteilen eine autoritative Wirkung zukomme. Er spricht von einer auf die Entscheidung der Zulässigkeitsfrage beschränkten materiellen Rechtskraft. Sollte sich diese neue Lehrmeinung durchsetzen, so müsste die Zulässigkeit der Revision von Prozessurteilen neu überdacht werden.

²³⁷ Vgl. zum letzteren die Ausführungen im Kapitel IX hiernach.

²³⁸ Sträuli S. 48; vgl. ferner Kummer S. 88.

ständig geprüft werden kann, ist die Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils in Frage gestellt.²³⁹

8.2.7.2 Probleme im Zusammenhang mit der Auferlegung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung

Nach Walder²⁴⁰ hindert die Zurückweisung der Klage mangels Parteifähigkeit des Klägers nicht, dass ihm als unterliegendem Teil die Kosten auferlegt werden und er zur Bezahlung einer Prozessentschädigung verurteilt wird. Eine solche Ansicht kommt den Bedürfnissen der Praxis entgegen, wirft aber Fragen im Zusammenhang mit der Vollstreckung auf. Walder hat die mit einem solchen Vorgehen verknüpften Vollstreckungsprobleme gesehen: "Da ein Parteiunfähiger nicht betreibungsfähig ist, stellt sich allerdings die Frage nach der Möglichkeit der Vollstreckung des Kostenanspruchs."²⁴¹

In der zürcherischen Rechtsprechung sind bezüglich dieser Frage sich widersprechende Entscheide ergangen: In ZR 75 Nr. 89 ist gegen die Auferlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die parteiunfähige Beklagte entschieden worden: "Die Gegenstandslosigkeit ist aus einem bei der Beklagten liegenden Grunde eingetreten. Eine Kostenaufgabe an sie kommt jedoch nicht in Betracht, da sie als Rechtssubjekt untergegangen ist und nicht mehr besteht. Sie kann daher auch nicht zur Zahlung einer Prozessentschädigung an die Klägerin verpflichtet werden."²⁴² In ZR 77 (1978) Nr. 97 sind dagegen einer parteiunfähigen Klägerschaft die Kosten auferlegt worden: "Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig

²³⁹ Nach Blomeyer (Zivilprozessrecht/Erkenntnisverfahren S. 47 mit Hinweisen) kommt aus diesem Grund der Streitfrage, ob ein rechtskräftiges Urteil für oder gegen einen Parteiunfähigen nichtig, durch Nichtigkeitsklage vernichtbar oder voll wirksam ist, nur geringe Bedeutung zu.

²⁴⁰ Walder, Prozesserledigung S. 9.

²⁴¹ Walder, Prozesserledigung S. 9 Fn. 18.

²⁴² ZR 75 Nr. 89 S. 242.

tig. Eine solche Kostenaufgabe ist möglich, wenn mangels Parteifähigkeit des Klägers auf die Klage nicht eingetreten wird. Der Kläger existiert nicht als rechtsfähiges Subjekt, wohl aber als Sondervermögen, als unselbständige Abteilung des Treuhandunternehmens mit eigenen Fondsmitteln."²⁴³ Eine solche Auferlegung der Kosten- und Entschädigungsfolge läuft m.E. aber wiederum auf die Zuerkennung einer minimalen Parteifähigkeit an parteiunfähige Personen hinaus.²⁴⁴

²⁴³ ZR 77 (1978) Nr. 97 S. 216.

²⁴⁴ Vgl. unter 8.2.4, 8.2.5 und 8.2.6 hiervor.

Kapitel IX

AUSNAHME: FESTSTELLUNG DER STRITTIGEN PARTEIFÄHIGKEIT DURCH EIN SACHURTEIL

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle stellt sich die Frage nach dem Vorliegen der Parteifähigkeit der vor Gericht auftretenden Parteien nur als prozessuale Vorfrage.²⁴⁵ In Ausnahmefällen aber, wo es um das Bestehen von juristischen Personen geht, bildet die Frage nach dem Vorliegen der Parteifähigkeit, welche mit der Frage nach der Existenz bzw. Nichtexistenz der im Streite stehenden juristischen Person auf das engste zusammenhängt, den zentralen Streitpunkt eines Prozesses. Angesprochen werden in diesem Fall bestimmte Feststellungsklagen.²⁴⁶ Zu denken ist dabei etwa an den Fall, wo gegen eine angebliche juristische Person auf Feststellung ihrer Nichtigkeit geklagt wird.²⁴⁷ Es ergehen in solchen Fällen Sachurteile, die die Frage über die Nichtigkeit bzw. Gültigkeit einer juristischen Person und damit zugleich die Frage über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Parteifähigkeit beantworten und nicht etwa Prozessurteile. Man kann mit Bezug auf diese Spezialfälle von einer von einem bestimmten Klagegrund - Abklärung der Existenz bzw. Nichtexistenz einer Rechtsperson²⁴⁸ und damit zugleich Abklärung des Vorlie-

²⁴⁵ Vgl. Kapitel VIII hiervor.

²⁴⁶ Sträuli/Messmer § 59 N. 4c.

²⁴⁷ Walder § 8 Anm. 34 mit Hinweisen.

²⁴⁸ Guldener (S. 124 Fn. 2) erwähnt in diesem Zusammenhang einen Fall des deutschen Reichsgerichtes (RGZ 170 S. 26). Ein Erblasser hatte in diesem Fall in zwei verschiedenen letztwilligen Verfügungen zwei Stiftungen errichtet und diese je als Alleinerben eingesetzt: "Von vornherein steht fest, dass nur eine der letztwilligen Verfügungen Bestand haben und nur eine der beiden Stiftungen existent geworden sein kann. Gleichwohl muss diese Frage im Prozess zwischen den beiden Stiftungen ausgetragen werden, beide müssen zur Prozessführung zugelassen wer-

gens der Parteifähigkeit - abhängigen, beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit sprechen. Diese Ausnahmefälle, in denen die Abklärung der Parteifähigkeit zum zentralen Thema des "Sachprozesses"²⁴⁹ und zum Gegenstand eines Sachurteils wird, können angesichts des Umstandes, dass der Parteifähigkeitsbegriff eine zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht stehende Grenzerscheinung darstellt, eigentlich nicht erstaunen: Der Begriff der Parteifähigkeit ist eben ein stark materiell-rechtlich substantzierter prozessualer Grundbegriff und dies hat gewisse Auswirkungen.

Bloch²⁵⁰ hat die Auffassung des Bundesgerichts, wonach einer Stiftung bis zur rechtskräftigen Feststellung ihrer Nichtigkeit in einem Sachurteil Parteifähigkeit zukomme, damit kritisiert, dass es nicht angehe, einem Gebilde, dem das Gesetz zufolge Fehlens bestimmter Voraussetzungen die juristische Persönlichkeit versage, lediglich aus Gründen der Prozessökonomie Parteifähigkeit zu verleihen.²⁵¹ Er sieht es als fundamentalen Grundsatz des Prozessrechts an, dass die Handlungsfähigkeit und die Rechtsfähigkeit Voraussetzung der Parteifähigkeit ist²⁵² und nimmt gegen die Annahme des Bundesgerichts von einer formalen Existenz und Parteifähigkeit einer ungültigen Stiftung und gegen die Annahme einer provisorischen Rechtsfähigkeit Stellung.²⁵³

den, bis eine rechtskräftige Entscheidung darüber vorliegt, welche Stiftung existent geworden ist." Guldener hält an dieser Stelle fest, dass die Parteifähigkeit keine eigentliche rechtliche Befähigung sei, von deren Vorhandensein es abhängen würde, ob überhaupt ein Prozess rechtswirksam geführt worden ist.

²⁴⁹ Zur Unterscheidung in einen "Formal-" und in einen "Sachprozess" vgl. Reich S. 11.

²⁵⁰ Bloch SJZ 53 (1957) S. 1ff.

²⁵¹ Bloch ebd. S. 3.

²⁵² Bloch ebd. S. 2/3.

²⁵³ Bloch ebd. S. 5.

Eine mehr an der Rechtswirklichkeit orientierte Betrachtungsweise kann aber das de-facto-Existieren dieser Gebilde nicht völlig ignorieren. Uebrigens ermöglicht die Bejahung eines relativen Parteifähigkeitsbegriffes die Zuerkennung einer minimalen Parteifähigkeit²⁵⁴, und man ist nicht genötigt, eine der Form nach gehörig organisierte Stiftung, schon bevor der rechtskräftige Richterspruch ergangen ist, als rechtlich inexistent zu behandeln.²⁵⁵ Auch Ottomann hat darauf hingewiesen, dass einer (angeblichen) juristischen Person im Verfahren, in dem ihr rechtlicher Bestand abgeklärt wird, Parteifähigkeit zukommt.²⁵⁶ Interessant ist m.E. in diesem Zusammenhang, dass Bloch im Falle einer ungültigen Stiftung von "im Eigentum des Stifters gebliebenem Sondervermögen" spricht.²⁵⁷

Ein weiterer Fall, wo die Austragung des Streites über materiell-rechtliche Fragen untrennbar mit dem rechtlichen Bestehen einer Partei verknüpft ist, stellt der Prozess einer an sich aufgelösten Gesellschaft um letzte umstrittene Ansprüche dar.²⁵⁸

²⁵⁴ Vgl. unter 8.2.4, 8.2.5 und 8.2.6 hiervor.

²⁵⁵ BGE 73 II 74; vgl. im weiteren etwa BGE 100 III 21: "Ein Verein wie übrigens auch eine Stiftung muss aber als partei- und prozessfähig angesehen werden, wenn Gegenstand des Prozesses gerade die Frage seiner Rechtsfähigkeit ist; andernfalls könnte ein kantonaler Entscheid in einer solchen Frage nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden." Ferner Pra 72 (1983) Nr. 60 insbes. S. 159: "Die Beklagte ist demzufolge ungeachtet dessen, welches der wirkliche Wille des Stifters war, als ungültige Stiftung zu betrachten."

²⁵⁶ "Ferner hat der Richter, wenn er in einem pendenten Verfahren das Bestehen eines faktischen Gesellschaftsverhältnisses feststellt, gleichwohl materiell über die Klage zu entscheiden (...)" (Ottomann S. 17).

²⁵⁷ Bloch a. a. O. S. 3; vgl. zu der beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Sondervermögen die Ausführungen unter 14.2 hier-nach.

²⁵⁸ RGZ 134 (1932) S. 94: "Für den rechtlichen Fortbestand der Gesellschaft in Liquidation muss es (...) genügen, dass die Klägerin die streitigen Rechte ernstlich in Anspruch nimmt. Es kann insbesondere nicht im Sinne des Prozessgesetzes liegen, dass die - auch zur Entscheidung über die Parteifähigkeit notwendige - Sachprüfung, wenn das Recht nicht besteht, nur zu einem Prozessurteil und nicht zur sachlichen Erledigung des Streitstoffs führen darf."

Kapitel X

UEBERLEGUNGEN ZUR UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN SACHURTEIL UND PROZESSURTEIL

In neuerer Zeit ist die "Berechtigung der Unterteilung der Urteile in Prozess- und Sachurteile als problematisch erkannt worden".²⁵⁹ Auch im schweizerischen Schrifttum haben die von der traditionellen Lehre scharf herausgestrichenen Gegensätze zwischen Sach- und Prozessurteil an Schärfe verloren, seit sich Habscheid ²⁶⁰ im Gegensatz zur h. L. ²⁶¹, nach welcher Prozessurteile nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind, für eine auf die Entscheidung der Zulässigkeitsfrage beschränkte materielle Rechtskraft ausgesprochen hat.

Die Unterscheidung zwischen Sach- und Prozessurteil ist aber im Rahmen dieser Arbeit nicht allgemein zu untersuchen sondern lediglich vor dem Hintergrund der Parteifähigkeit. Wie weiter vorne²⁶² ausgeführt worden ist, kann über die Frage des Vorliegens der Parteifähigkeit nicht nur durch Prozessurteil entschieden werden, sondern es muss ausnahmsweise, wenn das Vorliegen der Parteifähigkeit nicht als Vorfrage sondern als zentraler Streitpunkt zu beurteilen ist, der Entscheid darüber in einem Sachurteil erfolgen. Geht angesichts dieser Ausnahme die Einstufung der Parteifähigkeit als Prozessvoraussetzung und damit als Zuläs-

²⁵⁹ Grunsky (ZZP 80 (1967) S. 57) verweist dabei auf Rimmelspacher.

²⁶⁰ Habscheid SJZ 74 (1978) S. 204.

²⁶¹ Walder § 26 Rz 81; Sträuli/Messmer § 191 N. 20; im Kanton Zürich kann sich die h. L. dabei auf den Wortlaut von § 191 Abs. 2 ZPO stützen, aus dem e contrario zu folgern ist, dass Prozessurteile der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind.

²⁶² Vgl. Kapitel IX hiervor.

sigkeitsvoraussetzung überhaupt noch an? Sollte nicht eher davon gesprochen werden, dass die Frage über das Vorliegen der Parteifähigkeit je nachdem, in welcher Weise die Abklärung geboten ist, in einem Vorentscheid bzw. im Hauptentscheid zu erfolgen hat? In der Lehre lassen sich keine Antworten auf diese Fragen finden. Blomeyer²⁶³ hat die Parteifähigkeit als unechte Prozessvoraussetzung, als Begründetheitsvoraussetzung und nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung begriffen, weil er Normen, welche die Erzwingbarkeit als solche regeln - "Die Parteifähigkeit regelt, wer Ansprüche überhaupt durchsetzen kann und gegen wen dies möglich ist."²⁶⁴ - als im weiteren Sinne materielle, die Begründetheit betreffende Normen verstanden hat. Eine solche Betrachtungsweise könnte einen Lösungsansatz für die aufgeworfenen theoretischen Probleme bieten. Andererseits ist die h. L. aber zu der Charakterisierung der Parteifähigkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung u. a. auch deshalb gelangt, weil die Abklärung der Parteifähigkeit von Amtes wegen zu erfolgen hat, da die Entscheidung darüber, welchen Gebilden Rechtsschutz zu gewähren bzw. gegen welche Gebilde Rechtsschutz gewährt werden soll, von allgemeinem öffentlichem Interesse ist.²⁶⁵

Trotz der vorhandenen Differenzen in der Theorie hat sich die in der Praxis angewandte Lösung bewährt, wonach ein Prozessurteil zu ergehen hat, wenn sich bei der vorfrageweise abzuklärenden Parteifähigkeit deren Mangel herausstellt. Aus diesem Grunde sollte m.E. an der von der h. L. vertretenen und von der Praxis befolgten Lösung solange festgehalten werden, als sich nicht eine theoretische Konstruktion abzeichnet, die sich als gleich praktikabel erweist. Zu bedenken ist

²⁶³ Blomeyer ZJP 81 (1968) S. 35f.

²⁶⁴ Blomeyer ZJP 81 (1968) S. 35.

²⁶⁵ Grunsky (ZJP 80 (1967) S. 69) hat demgegenüber dargelegt, dass nicht alle Zulässigkeitsfragen auch das Interesse der Allgemeinheit betreffen und damit die h. A. kritisiert, welche die Abklärung von Amtes wegen als Kriterium für die Zuweisung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen erachtet.

Überdies, dass jede theoretische Auseinandersetzung über das Wesen der Parteifähigkeit m.E. beim Janusgesicht dieses Begriffes - seiner Zwischenstellung zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht - steckenbleiben muss. Zu begrüßen wäre eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die den Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden vermöchte und die Unsicherheiten in der theoretischen Würdigung beseitigen könnte. Eine befriedigende Lösung durch den Gesetzgeber könnte unergiebigere theoretische Auseinandersetzungen überflüssig machen.

Kapitel XI

UNTERSCHIED ZWISCHEN DER PARTEIUNFÄHIGEN UND DER NICHT EXISTENTEN PARTEI

Mit einer inexistenten Partei hat man es zu tun, wenn Klage im Namen einer erdichteten, in Wirklichkeit gar nicht bestehenden "Partei" oder wenn Klage gegen eine verstorbene Person erhoben wird.²⁶⁶ Im Falle des Auftretens einer parteiunfähigen Partei hat man es dagegen tatsächlich mit einer Partei zu tun.²⁶⁷ In der deutschen Lehre wird die Existenz beider Parteien vielfach als Prozessvoraussetzung angesehen, und es hat danach im Falle des Auftretens einer nicht existenten Partei ein Prozessurteil zu ergehen.²⁶⁸ Nach Walder²⁶⁹ wird demgegenüber in einer solchen Situation kein Geschäft angelegt, und es erfolgt eine formlose Mitteilung. Walder betrachtet damit die Existenz einer Partei als Prozessentstehungsvoraussetzung. Grosse Bedeutung kommt dieser abweichenden Auffassung von der nicht existenten Partei allerdings nicht zu, da das Auftreten von inexistenten Parteien in der Praxis in den seltensten Fällen Probleme bereitet. Oft kommt es schon dadurch zu einer Bereinigung der Situation, dass dieser Mangel nachträglich geheilt werden kann.²⁷⁰ Für die vereinzelt Fälle, wo das Auftreten einer nicht

²⁶⁶ Reich S. 38; Walder, Prozesserledigung S. 10; Walder § 8 N. 11.

²⁶⁷ Reich S. 39; Rosenberg § 42 V S. 214.

²⁶⁸ Vgl. etwa Jauernig S. 110; Rosenberg § 42 V S. 214.

²⁶⁹ Walder § 8 Rz 11.

²⁷⁰ Zur Heilbarkeit dieses Mangels vgl. Sträuli/Messmer § 108 N. 12; in der deutschen Lehre vgl. etwa Bruns S. 204 N. 148a sowie S. 206 N. 149a.

existenten Partei in der Praxis zu Komplikationen führt, zeitigt aber die vermittelnde Lösung von Neumann²⁷¹m.E. die sachgerechteste Lösung. Er lässt es offen, ob die offenkundige Nichtexistenz einer Partei zur Verweigerung der Terminanberaumung berechtigt. Dies kann denn auch offenbleiben, stellen doch in diesem Fall beide Vorgehensweisen - Verweigerung der Terminanberaumung und formlose Mitteilung bzw. die Erledigung durch ein Prozessurteil - vertretbare Lösungen dar. In Zweifelsfällen erachtet es Neumann²⁷²aber zum Zwecke einer umfassenden Aufklärung richtigerweise als unerlässlich, über das Vorhandensein der Partei im Prozess zu verhandeln und bei endgültiger Feststellung eines Mangels die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abzuschreiben. Dennoch muss aber zu bedenken gegeben werden, dass die Entscheidung, wonach im Falle von inexistenten Parteien Prozessurteile ergehen können, insofern problematische Konsequenzen zeitigt, als eine nicht existente Partei auf diesem Weg in den Genuss einer einstweiligen Parteifähigkeit gelangt.

²⁷¹ Neumann S. 33.

²⁷² Neumann ebd. S. 33.

Teil 3

PARTEIFÄHIGE RECHTSSUBJEKTE

Kapitel XII

PARTEIFÄHIGKEIT DER NATÜRLICHEN PERSONEN

12.1 Im allgemeinen

12.1.1 Allgemeine gleiche oder relative Parteifähigkeit natürlicher Personen

Natürliche Personen sind aufgrund des Zivilrechts rechts- und parteifähig. Die kantonalen Zivilprozessrechte haben bezüglich der Frage der Zuerkennung von Parteifähigkeit an natürliche Personen keine Regelungskompetenz: "Kann ein Subjekt nach Bundesrecht Träger von Rechten und Pflichten sein, so muss ihm das kantonale Prozessrecht Parteifähigkeit im Prozess zuerkennen (...)." ²⁷³

In bezug auf die von der herrschenden Zivilrechtslehre allein anerkannten Rechtssubjekte - die natürlichen und juristischen Personen - geht man heute noch von einer verabsolutierten Rechts- und Parteifähigkeit aus. Die Relativität des Rechtsfähigkeitsbegriffes wird von der h. L. in Abrede gestellt. ²⁷⁴

²⁷³ Guldener S. 68.

²⁷⁴ Vgl. unter 2.3.1 hiavor.

Vertritt man dagegen die Relativität des Rechts- und Parteifähigkeitsbegriffes, so erscheint auch die Rechts- und Parteifähigkeit der natürlichen Personen durch ihr Handlungsvermögen relativiert.²⁷⁵ Allerdings geht auch Fabricius²⁷⁶ aus Gründen der Rechtssicherheit in bezug auf die natürlichen Personen von einer typisierten oder standardisierten Vollrechtsfähigkeit bzw. Vollparteifähigkeit aus. Aber auch bei dieser typisierten oder standardisierten Vollrechtsfähigkeit der natürlichen Person handelt es sich um eine relative und nicht um eine absolute Rechts- bzw. Parteifähigkeit.²⁷⁷ Dieser Theorienstreit ist aber aus der Sicht des Praktikers im Bereich der natürlichen Personen deshalb von untergeordneter Bedeutung, weil es nicht um die grundsätzliche Alternative der Zuerkennung bzw. Verweigerung der Rechts- und Parteifähigkeit sondern lediglich darum geht, ob die Rechts- und Parteifähigkeit von beschränkt handlungsfähigen oder handlungsunfähigen Personen als vermindert anzusehen ist oder nicht. Erachtet man die Rechts- und Parteifähigkeit in diesen Fällen als vermindert, so zeitigt dies gleich, wie wenn man der h. L. folgt, einzig die Konsequenz, dass sich solche Personen

²⁷⁵ Vgl. demgegenüber Rittner S. 336: "Deswegen kann auch die Rechtsfähigkeit des Menschen nicht relativiert werden. Das ist heutzutage unstreitig. Ob sich die Vorstellung einer relativen Rechtsfähigkeit im Hinblick auf den nasciturus oder den Verstorbenen empfiehlt, ist eine andere Frage; sie kann hier offenbleiben, da sich diese Phänomene, zumal was das Rechtshandeln angeht, also qualitativ, durchaus von den Menschen unterscheidet." Der Auffassung Rittners liegt klar naturrechtliches Gedankengut zugrunde. Im Anschluss an diese Ausführungen von Rittner sei noch die Frage erlaubt, worin sich denn das Rechtshandeln eines Säuglings und eines nasciturus unterscheiden.

²⁷⁶ Fabricius S. 67ff; wir lehnen uns im folgenden an sein theoretisches Konzept an.

²⁷⁷ S. Fabricius S. 67: "Relative Voll-Rechtsfähigkeit einzelner typischer Subjekte".

in einem Prozess durch eine andere Person vertreten lassen müssen. Der Praktiker sieht sich also lediglich mit dem ihm aufgrund des herrschenden Begriffskonzepts bereits vertrauten Problem des Fehlens der Prozessfähigkeit ²⁷⁸konfrontiert.²⁷⁹

12.1.2 Dahinfallen der Parteifähigkeit einer natürlichen Person anlässlich ihres Todes

Stirbt eine natürliche Person, die in einem hängigen Prozess Partei ist, so treten aufgrund des materiellen Rechts die Erben, die den Nachlass übernehmen, d. h. nicht ausschlagen, als Universalsukzessoren ohne weiteres als Kläger oder Beklagte in den pendenten Prozess ein.²⁸⁰ An die Stelle der verstorbenen Partei tritt der Alleinerbe bzw. die Erbengemeinschaft. Es liegt ein Parteiwechsel vor. Der Mangel, der durch den Tod einer natürlichen Person, welche in einem hängigen Prozess Prozesssubjekt ist, zu entstehen droht, wird durch das materielle Recht automatisch vermieden, indem der Alleinerbe bzw. die Erbengemeinschaft die prozessuale Stellung der verstorbenen Partei einnimmt. Handelt es sich hingegen um einen unvererblichen Anspruch, so wird ein anhängiger Prozess gegenstandslos, und es ist gegenüber den Erben nur über die Kosten- und Entschädigungsfolge zu entscheiden.²⁸¹

²⁷⁸ Gemäss dem von uns zugrundegelegten theoretischen Lösungsmodell und der von mir gebrauchten Terminologie ist hier die "konkrete Prozessfähigkeit" gemeint. Vgl. unter 3.3 hiervor.

²⁷⁹ Schätzle (S. 26) geht deshalb mit gutem Grund einfach von der Parteifähigkeit des Kindes aus.

²⁸⁰ Walder § 15 Rz 20.

²⁸¹ Walder § 15 Rz 24.

12.2 Grenzfälle: Der nasciturus und der non iam conceptus

12.2.1 Rechtsstellung im materiellen Recht

12.2.1.1 Der nasciturus

Die Rechtsstellung des nasciturus ist in der Zivilrechtslehre umstritten. Es ist kontrovers, ob dem nasciturus Rechtsfähigkeit zukomme oder ob er lediglich eine Anwartschaft auf die Rechtsfähigkeit habe.²⁸² Im weiteren bestehen unterschiedliche Meinungen darüber, ob dem nasciturus volle²⁸³ oder lediglich eine beschränkte Rechtsfähigkeit²⁸⁴ zukommt, wobei diese Differenzen vornehmlich in den Unterschieden zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Recht begründet sind.²⁸⁵ Schliesslich gehen die Auffassungen bezüglich der Frage auseinander, ob Art. 31 Abs. 2 ZGB eine resolutiv bedingte²⁸⁶ oder eine suspensiv bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus vorsieht.²⁸⁷

Nach der Meinung von Andreas Bucher²⁸⁸ zeigt das Schweigen des Art. 31 Abs. 2 ZGB hinsichtlich der Art der Bedingung, dass die Wahl zwischen den beiden Lösungen von der Natur des in Frage stehenden Rechts sowie von der Schutzbedürftigkeit des nasciturus abhängt. Soweit es um den Persönlichkeitsschutz des nasciturus geht, anerkennt Andreas Bucher dem nasciturus **effektive** Rechtsfähigkeit zu und geht von einer resolutiv bedingten Rechtsfähigkeit aus, geht es hingegen um Fragen im

²⁸² Pedrazzini S. 31.

²⁸³ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 103.

²⁸⁴ Fabricius S. 115 Fn. 7 und S. 117, sowie S. 114, wo er aus Gründen der Rechtssicherheit, Praktikabilität und Zweckmässigkeit die Vollrechtsfähigkeit auf dem Gebiete des Vermögensrechts erst mit der Vollendung der Geburt postuliert.

²⁸⁵ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 103.

²⁸⁶ BGE 41 II 650.

²⁸⁷ Egger zu Art. 31 ZGB N. 8 und N. 9.

²⁸⁸ Diese Meinung wird deshalb etwas ausführlicher ausgeführt, weil sie m.E. dem Problem am besten gerecht werden kann.

Zusammenhang mit Verträgen, welche vom künftigen gesetzlichen Vertreter für einen nasciturus abgeschlossen worden sind, so vertritt Andreas Bucher aus Gründen der Verkehrssicherheit eine suspensiv bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus, zumal eine solche dem Schutzbedürfnis der Leibesfrucht vollkommen zu genügen vermag.²⁸⁹ Unabhängig von der Stellungnahme zu der in Art. 31 Abs. 2 ZGB normierten Bedingung muss hier aber noch betont werden, dass es sich auch bei der dem nasciturus zuzuerkennenden Rechtsfähigkeit um eine zufolge seines fehlenden Handlungsvermögens verminderte handelt.

Das Gesetz erwähnt den nasciturus an verschiedenen Orten. Nach Art. 544 ZGB ist das Kind vom Zeitpunkt der Empfängnis an unter dem Vorbehalt erbfähig, dass es lebendig geboren ist. Nach Art. 393 Ziff. 3 ZGB kann zur Wahrung des Interesses des Kindes vor der Geburt ein Beistand ernannt werden. Im weiteren kann dem nasciturus zur Feststellung der Vaterschaft ein Beistand ernannt werden (Art. 309 Abs. 1 ZGB).²⁹⁰ Der nasciturus ist ferner in seiner Persönlichkeit aufgrund von Art. 28 ZGB geschützt und kann gestützt auf Art. 45 Abs. 3 OR (sc. durch seinen Vertreter) den Vorsorgerschaden geltend machen.²⁹¹

12.2.1.2 Der non iam conceptus

Ausnahmsweise können sich Rechtsakte auf noch nicht gezeugte Kinder beziehen. So ist die Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311 Abs. 3 ZGB in der Regel gegenüber allen, auch den später geborenen und gezeugten Kindern wirksam. Die Enterbung eines zahlungsunfähigen Erben kann erfolgen, wenn der Erblasser dessen Anteil

²⁸⁹ Andreas Bucher N. 210; seine Meinung deckt sich weitgehend mit der Meinung von Fabricius, der die Vollrechtsfähigkeit auf dem Gebiet des Vermögensrechts erst mit der Vollendung der Geburt annimmt.

²⁹⁰ Vgl. ferner Art. 311 Ziff. 2 Abs. 3 ZGB betr. den Entzug der elterlichen Gewalt; Art. 156 ZGB bezüglich der Gestaltung der Elternrechte; Art. 297 Abs. 3 ZGB über die elterliche Gewalt.

²⁹¹ Andreas Bucher S. 67 N. 209.

den vorhandenen und später geborenen Kindern zuwendet (Art. 480 Abs. 1 ZGB). Schliesslich kann auf dem Wege der Nacherbeneinsetzung oder des Nachvermächtnisses die Erbschaft oder eine Erbschaftssache einer Person zugewendet werden, die zur Zeit des Erbfalles noch nicht lebt.²⁹² Diese Bestimmungen erlangen allerdings im einzelnen immer nur für den Fall Bedeutung, dass ein *non iam conceptus* einmal existieren wird.²⁹³

In der Literatur ist die Frage bis anhin noch nicht aufgeworfen worden, ob dem *non iam conceptus* eine beschränkte bedingte Rechtsfähigkeit zukomme, weil er in den oben erwähnten Beziehungen in die Rechtsordnung hineingestellt worden ist. Eine Art. 31 Abs. 2 ZGB entsprechende Bestimmung findet sich für den *non iam conceptus* nicht. Um in bezug auf die den *non iam conceptus* betreffenden einzelnen Bestimmungen überhaupt von Rechtsnormen sprechen zu können, müsste jedoch von der Erzwingbarkeit dieser Rechtspositionen ausgegangen werden können.

12.2.2 Prozessuale Stellung des nasciturus und des non iam conceptus

12.2.2.1 Parteifähigkeit des nasciturus

Bezüglich der Parteifähigkeit des nasciturus sind keine spezifischen Normen weder auf Bundesebene noch auf kantonaler Ebene anzutreffen. Die Parteifähigkeit ist dem nasciturus aber insoweit zuzuerkennen, als es die Durchsetzung und Verwirklichung der materiellrechtlichen Normen über den nasciturus verlangt. Die Parteifähigkeit hat sich zu diesem Zweck an die Rechtsfähigkeit des nasciturus anzulehnen.²⁹⁴ Schätzle²⁹⁵ hat dies dahingehend formuliert, wonach Art. 31 Abs.

²⁹² Pedrazzini S. 29.

²⁹³ Grossen S. 302.

²⁹⁴ Gl. M. Hefe S. 11.

²⁹⁵ Schätzle S. 26.

2 ZGB zur Folge habe, dass die kantonalen Zivilprozessordnungen auch dem nasciturus Parteifähigkeit zuerkennen müssen. In Anlehnung an die Meinung von Anderas Bucher, der dem nasciturus nur in bestimmten Bereichen eine resolutiv bedingte Rechtsfähigkeit in anderen dagegen lediglich eine suspensiv bedingte Rechtsfähigkeit zuerkennt, sollte ein nasciturus als Partei nicht zu einem Prozess zugelassen werden, wo es um Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verträgen geht, welche vom künftigen gesetzlichen Vertreter für einen nasciturus abgeschlossen worden sind.²⁹⁶ Hier genügt die Zuerkennung einer suspensiv bedingten Parteifähigkeit dem Schutzbedürfnis des nasciturus vollauf. Praktisch bedeutsam ist die Parteifähigkeit des nasciturus vor allem bei den Vaterschaftsprozessen (Art. 263 Abs. 1 ZGB). Neben den Fällen, wo das Auftreten des nasciturus als Partei weitgehend gebilligt wird, gibt es aber auch Grenzfälle, bezüglich welcher die Meinungen geteilt sind. Andreas Bucher erachtet - um ein Beispiel für einen solchen Grenzfall zu nennen - einen nasciturus auch in jenen Fällen für (resolutiv bedingt) parteifähig, wo es um eine Klage betreffend Namensänderung geht und sieht darin den Vorteil, dass die Eintragung in das Geburtsregister gerade auf den neuen Namen erfolgen kann.²⁹⁷

12.2.2.2 Beschränkte Parteifähigkeit des non iam conceptus?

Wie der materiellrechtliche Status ist auch eine allfällige Prozessstellung des non iam conceptus im heutigen Zeitpunkt noch völlig ungeklärt. Damit von Rechtsnormen gesprochen werden kann, müssten die dem non iam conceptus zugeschriebenen Rechtspositionen aber klagbar sein. Im Schrifttum hat man sich mit dieser Frage jedoch bis anhin nicht beschäftigt. Dies ist nicht weiter erstaunlich, handelt es sich doch von der Praxis her betrachtet um ein Randproblem. Auch im Rahmen dieser Arbeit

²⁹⁶ Andreas Bucher N. 210 S. 68; vgl. auch unter 12.2.1.1 hier-
vor.

²⁹⁷ Andreas Bucher N. 791 S. 205.

muss es bei der Andeutung des Problems sein Bewenden haben.

12.2.3 Der Einfluss einer Fehlgeburt auf einen schwebenden oder bereits abgeschlossenen Zivilprozess

12.2.3.1 Totgeburt eines nasciturus während eines Prozesses

Wird ein nasciturus, der in einem hängigen Prozess die Parteistellung innehat, tot geboren, so stellt sich die Frage, welchen Einfluss dieser Umstand auf das im Gang befindliche Verfahren hat. Nach Holzhammer²⁹⁸ ist zufolge der auflösend bedingten Parteifähigkeit des künftigen Menschen, wenn es nicht zu einer Geburt kommt, der Prozess mit einer nichtexistenten Partei geführt worden, daher selbst ein Nichts. Kann somit ein solcher Prozess formlos beendet werden²⁹⁹ oder hat nicht vielmehr eine Erledigung des Verfahrens durch ein Prozessurteil zu erfolgen, da das Gericht in der Regel ein Geschäft bereits angelegt hat? Wer wie Hefele³⁰⁰ der Ansicht ist, dass im Falle des Mangels der Existenz einer Partei die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen ist, kann den Fall der Totgeburt eines nasciturus während des Prozesses ohne weiteres unter das Problem der nichtexistenten Partei einordnen. Wer aber wie Walder für eine formlose Erledigung beim Auftreten von nichtexistenten Personen ist³⁰¹, hat, wenn er im Falle eines totgeborenen nasciturus die Erledigung des Verfahrens durch ein Prozessurteil für wünschbar hält, diesen Fall anders einzustufen: Nach Walder³⁰² wird ein Prozess, an dem ein nasciturus als Partei beteiligt ist, infolge seiner Totgeburt "gegenstandslos". Walder betrachtet diesen Fall somit als eine Art Gegenstandsloswerden des Verfahrens und gelangt so, da der Zürcher Zivilprozess als Möglichkeit der Prozesserledigung durch Beschluss

²⁹⁸ Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht S. 62.

²⁹⁹ Walder § 8 Rz 11 über die Behandlung der nichtexistenten Partei.

³⁰⁰ Hefele S. 23.

³⁰¹ Walder § 8 Rz 11.

³⁰² Walder S. 136 Anm. 32.

nunmehr ausdrücklich auch die Gegenstandslosigkeit des Prozesses erwähnt (§ 188 Abs. 2 ZPO)³⁰³, auch zu einer Erledigung des Verfahrens durch Prozessurteil.

Wenn man sich einer der oben angeführten Lösungen anschliesst und das Ergehen eines Prozessurteils in einem solchen Fall bejaht - dafür bestehen gute Gründe, kommt doch eine formlose Beendigung in den meisten Fällen nicht in Frage, weil ein Geschäft vom Gericht schon längst angelegt worden ist -, stellt sich im Anschluss daran die Frage, ob der Vertreter des nasciturus, falls er das Prozessurteil angreifen möchte, im Namen des nasciturus ein Rechtsmittel gegen das ergangene Prozessurteil ergreifen kann. Diese Frage ist m.E. zu bejahen. Im weiteren stellt sich bei Ergehen eines Prozessurteils in einem solchen Fall das Problem, ob ein zu Lasten des "nasciturus" ergangener Kosten- und Entschädigungsentscheid vollstreckbar wäre.

12.2.3.2 Die Wirkungen einer Fehlgeburt auf einen bereits abgeschlossenen Prozess

Zu erörtern sind die Folgen, die ein Absterben einer Leibesfrucht auf einen bereits abgeschlossenen Prozess hat. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem ist in der schweizerischen Literatur noch nicht vorgenommen worden. In der deutschen Lehre sind verschiedene Standpunkte vertreten worden. Ein Teil der Lehre ist in einem solchen Fall

³⁰³ Sträuli/Messmer § 188 N. 12.

von einem Nichturteil ausgegangen³⁰⁴, welches die Instanz nicht beendet, keine Kostenfolge zeitigt und in Bezug auf welches die Zwangsvollstreckung unzulässig oder nichtig ist.³⁰⁵ Ein anderer Teil der Lehre betrachtet ein so ergangenes Urteil als wirkungsloses³⁰⁶ oder nichtiges³⁰⁷ Urteil. Ein wirkungsloses oder nichtiges Urteil entfaltet in der Sache³⁰⁸ keine materielle Rechtskraft.³⁰⁹, beendet aber die Instanz und lässt den Kostenerstattungsanspruch entstehen.³¹⁰ Wirkungslose Urteile sind auch nicht vollstreckbar³¹¹, da die Nichtexistenz der Partei auch im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens geltend gemacht werden kann. Fraglich bleibt, wenn man vom Vorliegen eines wirkungslosen Urteils ausgeht, wie der zu Lasten des inexistenten nasciturus ergangene Kosten- und Entschädigungsentscheid vollstreckt werden könnte.

³⁰⁴ Vgl. die Zusammenstellung der betreffenden Lehrmeinungen bei Hefe S. 32f.

³⁰⁵ Hefe S. 30.

³⁰⁶ Jauernig S. 211.

³⁰⁷ Hefe S. 32f.

³⁰⁸ Wohl aber bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolge.

³⁰⁹ Jauernig S. 211.

³¹⁰ Hefe S. 33.

³¹¹ Jauernig S. 211.

Kapitel XIII

PARTEIFÄHIGKEIT DER JURISTISCHEN PERSONEN

13.1 Juristische Personen des öffentlichen Rechts: Absolute oder relative Rechts- und Parteifähigkeit

13.1.1 Privatrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

13.1.1.1 Zur Diskussion über die Rechtsnatur des Staates

312

Auf diese muss vorliegend kurz eingegangen werden, da die Fähigkeit des Staates, im Rechtsverkehr als Privatrechtssubjekt auftreten und in Zivilprozessen als Partei Streitigkeiten über solcherart entstandene zivile Ansprüche austragen zu können, erörtert werden soll.

Früher ist das Auftreten des Staates als Privatperson mit der Fiskustheorie erfasst worden. Diese hat im Fiskus - dem Staat als Träger des Privatrechts - eine vom Staat (als Träger des Hoheitsrechtes) verschiedene Privatperson gesehen.³¹³ Die neuere Staatsrechtslehre ist jedoch zur Ueberwindung dieser "Zwei-Personen-Theorie" gekommen und zur Vorstellung "der organisationsrechtlichen Identität des hoheits- und privatrechtstragenden Staates" ³¹⁴ gelangt. Aufgrund der Abkehr von der Zwei-Personen-Theorie und der Hinwendung zur Identitätstheorie³¹⁵

³¹² Für eine dogmengeschichtliche Betrachtung der bis heute entwickelten Lehren über die Persönlichkeitsnatur des Staates sei hier auf Häfelin (insbes. S. 66ff) verwiesen.

³¹³ Binder S. 149 mit Hinweisen.

³¹⁴ Binder S. 46.

³¹⁵ Binder S. 149.

hat man sich auch anlässlich einer Erörterung der Privatrechtsfähigkeit des Staates mit den grundsätzlichen staatsrechtlichen Einwänden gegen die juristische Persönlichkeit des Staates zu befassen.³¹⁶ Diese gehen dahin, dass Staaten, die wie die Schweiz auf dem Prinzip der Volkssouveränität beruhen, nicht das Substrat der Rechtspersönlichkeit zukommen könne. Der Staat sei keine echte juristische Person, da der Souverän nach wie vor Träger der Staatsgewalt zu eigenem Rechte sei.³¹⁷ Der Schöpfer des Rechts könne sich nicht selbst die juristische Persönlichkeit verleihen.³¹⁸ Angesichts des Umstandes, dass der Staat ein Zweckverband ist, der unabhängig von den einzelnen natürlichen Personen existieren soll und der alle Wesensmerkmale einer juristischen Person in sich trägt³¹⁹, sowie angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass der Staat ausnahmsweise wie ein Privater auftreten kann³²⁰, lassen sich solche grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtspersönlichkeit des Staates jedoch nicht aufrechterhalten. Binder³²¹ geht denn auch davon aus, dass der Staat seine Rechtsfähigkeit durch einen Akt der Selbstbeleihung erhält, da er einerseits der hoheitlichen Beleihung mit (Privat-)Rechtsfähigkeit bedarf, andererseits die entsprechende Beleihungsnorm aber nur von ihm selbst erlassen werden kann.

Der Ansicht Binders ist m.E. zu folgen, erweist sich doch die Zusprennung von Privatrechtsfähigkeit und parallel dazu von zivilprozessualer Parteifähigkeit als unabdingbar, da der Staat nur so unabhängig

³¹⁶ Es sei hier auf die Ausführungen von Bullinger (vgl. etwa S. 80, 81, 92, und 106) verwiesen, der sich für die Ueberwindung der kategorischen Zweiteilung in öffentliches Recht und Privatrecht und für die Entwicklung eines differenzierten Gemeinrechts ausspricht.

³¹⁷ Mayer S. 329.

³¹⁸ Giacometti S. 14.

³¹⁹ Egger, Vorbem. zur juristischen Person N. 10.

³²⁰ Hangartner S. 43.

³²¹ Binder S. 101.

von seinen Mitgliedern funktionieren kann.

13.1.1.2 Ausmass der Beleihung mit Privatrechtsfähigkeit

(A) RELATIVE RECHTSFÄHIGKEIT DER GEBIETSKÖRPERSCHAFTEN

Nach Binder³²² kommt den Gebietskörperschaften (Bund, Länder³²³, Gemeinden) eine Vollrechtsfähigkeit in dem Sinne zu, dass ihnen als Rechtspersonen alle juristischen Personen zusinnbaren privatrechtlichen Handlungen offenstehen. Diese Ausführungen Binders lassen darauf schliessen, dass er dem absoluten Rechtsfähigkeitsbegriff verhaftet ist. Auch wir teilen die Auffassung, dass den Gebietskörperschaften aufgrund ihres umfassenden Aufgabenbereichs eine umfassende Rechtsfähigkeit zukommen muss. Es sollte aber m.E. auch die Rechtsfähigkeit der Gebietskörperschaften als eine nur relative begriffen werden. Insbesondere sollten Gebietskörperschaften nur solche Rechte haben können, die sie auch auszuüben vermögen.³²⁴ Eine Schranke für das Agieren der Gebietskörperschaften als Privatrechtssubjekte und damit für deren privatrechtliches Handlungsvermögen bildet dabei neben allfälligen öffentlich-rechtlichen Normen das öffentliche Interesse. Wie Fleiner-Gerster³²⁵ es ausdrückt, handelt das Gemeinwesen immer im öffentlichen Interesse und nie wie ein Privater. Es kann jedoch dem Privatrecht unterstellt werden, wenn dies für die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses sinnvoll ist. Fleiner-Gerster³²⁶ hat in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass das Gemeinwesen insbesondere auch keine "Flucht ins Privatrecht" antreten dürfe. Privatrechtliche Lösungen dürfe das Gemeinwesen nur dort treffen, wo dies für die gerechte Behandlung der

³²² Binder S. 141 und S. 199.

³²³ Nach schweizerischer Terminologie den Kantonen.

³²⁴ Vgl. dazu Fabricius S. 108.

³²⁵ Fleiner-Gerster S. 43 N. 3.

³²⁶ Fleiner-Gerster S. 43 N. 4f.

betreffenden Interessen sinnvoller ist.

Angesichts dessen, dass sich die Gebietskörperschaften einer nicht hoheitlichen Vorgehensweise nur dort bedienen dürfen, wo dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist, und somit lediglich ausnahmeweise wie Privatpersonen auftreten³²⁷, sollte ihre Rechtsfähigkeit nur als relative aufgefasst werden.

(B) RELATIVE RECHTSFÄHIGKEIT VON ANDEREN RECHTSPERSONEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Da die herrschende Zivilrechtslehre den relativen Rechtsfähigkeitsbegriff ablehnt, muss sie allen öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen unabhängig von den unterschiedlichen Kompetenzen, welche das öffentliche Recht den betreffenden Institutionen im einzelnen zugeordnet hat,³²⁸ die gleiche allgemeine und umfassende (verabsolutierte) Rechtsfähigkeit zuerkennen³²⁹, es sei denn, dass das öffentliche Recht auch die private Rechtsfähigkeit umschrieben und eingeengt hat.³³⁰ Dieses Auseinanderklaffen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Stellung bei den öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen ist aber auf Ablehnung gestossen: "Wenn ein und derselbe Gesetzgeber möglicherweise noch in ein und demselben Gesetzgebungsakt einer Organisationseinheit Rechtsfähigkeit verleiht, gleichzeitig durch Aufgaben und Zuständigkeiten ihren

³²⁷ Hangartner S. 43.

³²⁸ Hangartner S. 152: "Die Rechtsstellung der rechtlich selbständigen Gebilde des öffentlichen Rechts wird von Gesetzen bestimmt. Sie ist von Kategorie zu Kategorie und zum Teil von Gebilde zu Gebilde verschieden."

³²⁹ Knapp Nr. 1322: "Ausserdem ist zu beachten, dass der Erwerb der öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeit die Rechtspersönlichkeit in privatrechtlichen Beziehungen zur Folge hat." Wenn im Gesetz die uneingeschränkte Rechtspersönlichkeit einer öffentlich-rechtlichen Institution vorgesehen ist, ist diese nach Knapp v. a. für deren privatrechtliche Rechtsstellung ausschlaggebend, da die betreffende öffentlich-rechtliche Erscheinung im Rahmen des öffentlichen Rechts ohnehin nur die ihr zugewiesenen Kompetenzen hat (Vgl. N. 1382).

³³⁰ Kissling ZBl (1962) S. 251.

Wirkungskreis einengt, müssen diese beiden gesetzlichen Anordnungen miteinander in Einklang gebracht werden."³³¹Binder gelangt infolgedessen - allerdings unter Ausklammerung der Rechtsfähigkeit der Gebietskörperschaften³³² - zum Schluss, dass sonderrechtsfähige Staatsorganisationsteile und andere Rechtspersonen des öffentlichen Rechts in ihrer Rechtsfähigkeit insofern eingeschränkt sind, als privatrechtliche Handlungen und Rechtsgeschäfte, die offenkundig ihrem Aufgaben- und Wirkungskreis widersprechen, nicht gedeckt und nichtig sind.³³³Fabricius³³⁴ ist weitergegangen als Binder. Nach seiner Ansicht sollen öffentlich-rechtliche Personen nur in dem Umfang Rechte haben können, als sie sie auch ausüben können. Da es auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts eine typisierte Rechtsfähigkeit nicht gibt, hat sich Fabricius für die Geltung des ultra-vires Prinzips für den gesamten Bereich der öffentlich-rechtlichen Institutionen mit Rechtspersönlichkeit³³⁵ ausgesprochen. Im Rahmen dieser Arbeit kann zu der Kontroverse zwischen Fabricius und Binder nur insoweit Stellung bezogen werden, als m. E. die Rechtsfähigkeit einer Gebietskörperschaft infolge ihres umfassenden Aufgabenbereichs als umfassendere anzusehen ist als diejenige einer zu Sonderzwecken errichteten öffentlich-rechtlichen Rechtsperson. Die Rechtsfähigkeit der Gebietskörperschaft sollte aber - dabei lehnen wir uns an Fabricius an - nicht weitergehen als ihr Handlungsvermögen.

³³¹ Binder S. 137.

³³² Vgl. unter 13.1.1.2(a) hiavor.

³³³ Binder S. 141.

³³⁴ Fabricius S. 108.

³³⁵ Also auch für die Geltung des ultra vires Prinzips bei den Gebietskörperschaften.

13.1.2 Relative Parteifähigkeit der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen

336

Entgegen der Ansicht Kisslings³³⁷ sollten juristische Personen des öffentlichen Rechts, insoweit ihnen privatrechtliche Rechtsfähigkeit zuerkannt wird auch Parteifähigkeit im Zivilprozess zukommen.³³⁸ Es hat m.E. nur Sinn, einer öffentlich-rechtlichen Institution als Rechtssubjekt private Rechte und Pflichten zuzuordnen, wenn sie für deren Durchsetzung in eigenem Namen im Rahmen eines Zivilprozesses auch auftreten kann. Eine gegenteilige Regelung des öffentlichen Rechts ist m.E. nicht nur sinn- sondern auch funktionswidrig, so dass eine Gesetzesbestimmung, die einer öffentlich-rechtlichen Institution zwar Rechtsfähigkeit zuerkennt, ihr die Parteifähigkeit aber vorenthält, vernünftigerweise nicht angetroffen werden dürfte.

³³⁶ An dieser Stelle ist festzuhalten, dass es im Rahmen dieser Arbeit, auch wenn von den öffentlich-rechtlichen Institutionen die Rede ist, immer nur um die zivilprozessuale Parteifähigkeit und nicht etwa um die Parteifähigkeit im Verwaltungsprozess oder um die verfassungsrechtliche Parteifähigkeit (vgl. zu diesem Begriff etwa Sand S. 15) geht.

³³⁷ Kissling hält es für denkbar, dass eine Klage gegen ein rechtsfähiges Gemeindeelektrizitätswerk nicht gegen dieses selbst, sondern gegen die Gemeinde zu richten wäre, oder dass für Ansprüche aus einer rechtlich verselbständigten staatlichen Pensionskasse der Staat verklagt werden müsste (S. 252): Er erachtet somit rechts- aber parteiunfähige Gebilde für denkbar.

³³⁸ Vgl. Stähelin (S. 33), welcher von einer Parallelität zwischen rechtlicher Verselbständigung und Zuerkennung von Parteifähigkeit ausgeht: "Einer einzelnen staatlichen Verwaltungsabteilung kommt die Parteifähigkeit nur zu, wenn sie ein von der allgemeinen Verwaltung gesonderter Dasein führt und den Status einer selbständigen Anstalt genießt."

Im Hinblick auf die notwendige Parallelität zwischen Rechts- und Parteifähigkeitsbegriff³³⁹ sollte der Parteifähigkeitsbegriff bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts entsprechend dem vorne erörterten Verständnis der Rechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts³⁴⁰ in einem relativistischen Sinn aufgefasst werden.

13.2 Juristische Personen des Zivilrechts: Absolute oder relative Rechts- und Parteifähigkeit

13.2.1 Im allgemeinen

13.2.1.1 Zum Rechtsfähigkeitsbegriff

Nach Eugen Bucher³⁴¹ umfasst der Kreis der rechtsfähigen Subjekte nur die rechtsfähigen natürlichen Personen und die rechtsfähigen juristischen Personen. Eugen Bucher geht sogar von der Bedeutungsidentität der Begriffe juristische Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit aus.³⁴² Die gleiche Verabsolutierung des Begriffes der juristischen Person und des Rechtsfähigkeitsbegriffes findet sich - als Beispiel aus dem neuesten Schrifttum - ferner bei Bosman³⁴³, welcher die Ansicht vertritt, dass aufgrund der rechtlichen Konzeption unbestrittenermaßen von einer "unbedingten, vollständigen und derjenigen der natürlichen Person entsprechenden Selbständigkeit der juristischen Person" ausgegangen werden könne.

³³⁹ Vgl. unter 2.2 hiavor.

³⁴⁰ Vgl. unter 13.1.1 hiavor.

³⁴¹ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 58 - N. 64.

³⁴² Bucher zu Art. 11 ZGB N. 64.

³⁴³ Bosman S. 59; vgl. dagegen etwa Maurer (S. 51), wonach man sich vor "jeder Anthropomorphisierung der juristischen Person" zu hüten hat.

Demgegenüber sind Meier-Hayoz/Forstmoser zum Ergebnis gelangt, dass juristische Personen "nur eine Zwischenstufe" im Vorgang der Regelung menschlichen Verhaltens sind und dass sie sich infolgedessen von den anderen Personenverbindungen "nicht qualitativ, sondern bloss im Ausmass der Verselbständigung der Organisationsform" unterscheiden.³⁴⁴ Damit haben sich Meier-Hayoz/Forstmoser vom verabsolutierten Begriff der juristischen Person etwas entfernt und vertreten ein relativiertes Verständnis des Institutes der juristischen Person.³⁴⁵ Dadurch haben sich Meier-Hayoz/Forstmoser der Lehre von Fabricius angenähert, welcher von der relativen Vollrechtsfähigkeit der juristischen Person bzw. von der typisierten Vollrechtsfähigkeit der juristischen Person spricht.³⁴⁶

Ein relativiertes Verständnis der Rechtsfähigkeit der juristischen Person läuft nicht zwangsläufig auf die im angloamerikanischen Rechtskreis geltende Ultra-Vires-Lehre hinaus: Die weitaus grösste Mehrheit der englischen Korporationen ist an einen bestimmten Zweck gebunden. Diese Körperschaften erlangen eine spezielle Rechtsfähigkeit, die durch den im Gründungsstatut festgelegten Zweck bestimmt ist. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Ultra-Vires Lehre.³⁴⁷ Diese Doktrin ist dem schweizerischen Recht fremd. Das schweizerische Recht trägt den Interessen der am Geschäftsverkehr mit der juristischen Person beteiligten Personen durch die Zuerkennung einer im Vergleich zum englischen Recht stark erweiterten typisierten oder standardisierten Rechtsfähigkeit an alle juristischen Personen Rechnung³⁴⁸; es mutet den

³⁴⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser S. 56.

³⁴⁵ Vgl. dagegen Rittner (S. 332ff), welcher mit wenig überzeugenden Argumenten an der dualistischen Auffassung der Rechtssubjekte festhält.

³⁴⁶ Fabricius S. 67 und S. 82.

³⁴⁷ Vgl. Fabricius S. 83.

³⁴⁸ Für das deutsche Recht vgl. Fabricius S. 84.

Geschäftspartnern einer juristischen Person damit nicht zu, in die Statuten der betreffenden juristischen Person Einsicht nehmen zu müssen, um über die spezielle Rechtsfähigkeit der betreffenden juristischen Person überhaupt im Bilde zu sein.

Trotz der weitgehenden Angleichung des Umfangs der Rechtsfähigkeit im Bereiche der juristischen Person fällt doch auf, dass das schweizerische Recht für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit bei den Vereinen das freie Körperschaftsprinzip kennt³⁴⁹, während es in bezug auf die Kapitalgesellschaften vom System der Normativbestimmungen ausgeht.³⁵⁰ Die erleichterte Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Vereine hängt dabei mit der durch den Gesetzgeber festgelegten ausschliesslich ideellen Zweckverfolgung der Vereine zusammen.³⁵¹ Fabricius hat für das deutsche Recht aufgrund der bestehenden engen Verquickung zwischen der Beschränkung des Typus des rechtsfähigen Vereins auf einen nichtwirtschaftlichen Zweck und der Begünstigung in der Erlangung der Rechtsfähigkeit auf eine eingeschränkere Rechtsfähigkeit im Vergleich zu der umfassenderen Rechtsfähigkeit von Kapitalgesellschaften geschlossen.³⁵²

Meier-Hayoz/Forstmoser haben die Relativität des Phänomens der juristischen Person ferner noch dadurch illustriert, dass sie auf die atypische Verwendung von rechtlichen Gesellschaftsformen im Wirtschaftsle-

³⁴⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser § 16 N. 26 und N. 53.

³⁵⁰ Meier-Hayoz/Forstmoser § 7 Nr. 6.

³⁵¹ Meier-Hayoz/Forstmoser § 16 N. 24ff.

³⁵² Fabricius S. 92; vgl. auch S. 98: "Theoretisch gesehen wird die Rechtsfähigkeit des Idealvereins dadurch typisiert, dass der Gesetzgeber den in der Satzung festgelegten (quasi elementaren) Interessenbereich kraft Gesetzes künstlich ergänzt, so dass der Verein als juristische Person im Rechtsverkehr ohne Rücksicht auf seinen spezifischen Zweck teilnehmen kann, solange er sich im Bereich nichtwirtschaftlicher Zwecke bewegt." Ferner S. 102: "Die Auffassung, dass die Rechtsfähigkeit von Aktiengesellschaften sich auf jeden beliebigen zulässigen Zweck erstreckt, ist daher von den schutzwürdigen Verkehrsinteressen hergesehen zu billigen."

ben aufmerksam gemacht haben:³⁵³ Im Rechtsalltag finden sich einerseits eine grosse Anzahl von stark personenbezogen ausgestalteten Kapitalgesellschaften und andererseits auch eine Anzahl von sehr kapitalbezogen konzipierten Personengesellschaften. Es handelt sich dabei um Phänomene, denen man nur durch ein relativiertes Verständnis des Rechtsfähigkeitsbegriffes besser gerecht werden kann.³⁵⁴

Die h. L. geht in der Schweiz aber nach wie vor von der Gleichheit aller juristischen Personen aus.³⁵⁵ Ein relatives Verständnis der Rechtsfähigkeit der juristischen Person hat sich bis heute nicht durchsetzen können. Auch Art. 53 ZGB hat die h. L. nicht zu einem relativierten Verständnis des Rechtsfähigkeitsbegriffes geführt.³⁵⁶

13.2.1.2 Zum Parteifähigkeitsbegriff

(A) IM ALLGEMEINEN

In bezug auf den Parteifähigkeitsbegriff ist davon auszugehen, dass sich dieser an den Rechtsfähigkeitsbegriff, der der juristischen Person zugrundeliegt, anzulehnen hat. Aufgrund der im Zivilrecht zu beobachtenden Tendenz einer Relativierung des Rechtsfähigkeitsbegriffes ist m.E. auch im Bereich des Zivilprozessrechtes ein relativiertes Verständnis des Parteifähigkeitsbegriffes angezeigt.

³⁵³ Meier-Hayoz/Forstmoser § 12 N. 164ff; § 3 N. 54ff, 60ff, 63ff.

³⁵⁴ Müller-Freienfels (AcP 156 S. 532) hat dies noch deutlicher zum Ausdruck gebracht: "Es darf nicht allein auf die Rechtsform ankommen. Vielmehr verdienen Sinn und Funktion eines bestimmten Rechtsgebildes in der sozialen Wirklichkeit Beachtung bei der Bewertung. Nicht nur sind AG und eingetragener Verein sondern auch GmbH und GmbH nicht dasselbe." Vgl. aber die Kritik an der Unterscheidung zwischen kleinen und grossen juristischen Personen bei Rittner S. 339 und S. 341.

³⁵⁵ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 51.

³⁵⁶ Rittner (S. 340) hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person zwar gegenüber der Rechtsfähigkeit des Menschen relativiert sei, aber eben durch die juristische Person selbst.

(B) IM BESONDEREN: RELATIVER PARTEIFÄHIGKEITSBEGRIFF
UND DIE LEHRE VOM SOGENANNTEN DURCHGRIFF

357

Ottomann³⁵⁸ hat sich die Frage gestellt, ob sich im Zusammenhang mit dem Problem des Durchgriffes ³⁵⁹prozessuale Folgen für die Parteifähigkeit ergeben und hat dies verneint. Ein Durchgriff könne niemals zur Verneinung der Parteifähigkeit führen, wie es vielleicht deren enger Zusammenhang mit der Rechtsfähigkeit auf den ersten Blick nahelegen könne. Massgebend sei die Ueberlegung, dass ja wirtschaftliche Identität niemals die Trennung zwischen juristischer Person und Mitglied (und damit die Parteifähigkeit der Körperschaft) aufhebe, sondern dass der Durchgriff nur in Einzelfällen erfolge, dann wenn sich ein Dritter darauf zu berufen vermöge, es werde die rechtliche Trennung zum Zwecke seiner Schädigung angerufen und missbraucht. Wenn es darüber in einem Prozess zum Streit komme, so sei es eine Frage des materiellen Rechts, insbesondere der Sachlegitimation, ob die Einrede des Vorliegens eines Durchgriffstatbestandes durchdringe. Bejahe dies der Richter, d. h. hebe er die formale Trennung Gesellschaft - Aktionär auf, so weise er die Klage durch ein der materiellen Rechtskraft fähiges Sachurteil ab. An der Parteifähigkeit wie an der grundsätzlichen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ändere dieser Entscheid nichts. Keinesfalls dürfe der Richter wegen mangelnder Parteifähigkeit ein - nicht materiell rechtskräftiges - Prozessurteil fällen.³⁶⁰

³⁵⁷ Vgl. Müller-Freienfels in AcP N.F. 36 (1957) S. 522ff.

³⁵⁸ Ottomann S. 6.

³⁵⁹ Vgl. zum Begriff etwa Bucher zu Art. 11 ZGB N. 105, wo er das Verständnis der h. L. vom Phänomen des "Durchgriffes" folgendermassen zum Ausdruck bringt: "...man spricht kurzerhand vom "Durchgriff" und meint damit eine Lösung, welche einen Tatbestand, in dem eine juristische Person beteiligt ist, so beurteilt, wie wenn dieser keine Rechtsfähigkeit (und damit keine juristische Persönlichkeit) zu käme." Vgl. dagegen Müller-Freienfels AcP N.F. 36 (1957) S. 530.

³⁶⁰ Ottomann S. 6.

Ottomanns Ansicht liegt ein verabsolutierter Rechts- und Parteifähigkeitsbegriff zugrunde.³⁶¹ Geht man dagegen von einem relativ verstandenen Begriff aus, so manifestiert sich in den sog. Durchgriffsfällen eine Beschränkung der Rechts- und Parteifähigkeit der in Frage stehenden juristischen Person.³⁶² Einig ist mit Ottomann darin zu gehen, dass es in den Fällen, wo es um die Abklärung von "Durchgriffstatbeständen" geht, zu einem materiellen Sachurteil kommen muss. Dies besagt aber noch lange nicht, dass die Parteifähigkeit nicht gleichzeitig mit der Rechtsfähigkeit in Frage gestellt wird. Wie vorne ausgeführt worden ist³⁶³, kann das Fehlen der Parteifähigkeit dann in einem Sachurteil entschieden werden, wenn der rechtliche Bestand eines Gebildes das zentrale Prozessthema bildet. Es ist in diesem Zusammenhang von einer auf einen bestimmten Klagegrund - grundsätzliches Abklären des Vorliegens bzw. Fehlens der Rechts- bzw. Parteifähigkeit und hier im besonderen des Vorliegens bzw. Fehlens eines "Durchgriffstatbestandes" - abhängigen beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit zu sprechen. Aus dem Umstand, dass ein Sachurteil ergehen muss, kann bei Zugrundelegen eines relativen Rechts- und Parteifähigkeitsbegriffes nicht auf ein Ausei-

³⁶¹ Ob man von einem absoluten oder von einem relativen Rechtsfähigkeitsbegriff ausgeht, ist für das rechtliche Verständnis des Institutes des sog. Durchgriffes von entscheidender Bedeutung; vgl. die Kritik von Müller-Freienfels an der h. L. über den "Durchgriff" in AcP N. F. 36 (1957) S. 522ff; ferner Fabricius S. 25: "Die Frage der Relativität der Rechtsfähigkeit ist methodisch von Bedeutung für den sog. "Durchgriff" bei juristischen Personen. Geht man wie Serick in seiner Monographie über "Rechtsform und Realität juristischer Personen" (1955) bei den "Durchgriffsfällen" von dem absoluten Charakter der juristischen Person und damit ihrer Rechtsfähigkeit aus, so ist man gezwungen, den "Schleier der Juristischen Person" beiseite zu schieben. Ist die Rechtsfähigkeit jedoch nur etwas Relatives, das aus dem einzelnen Rechtssatz zu gewinnen ist, dann geht es immer nur um die Frage, ob und inwieweit eine bestimmte Norm auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist."

³⁶² Müller-Freienfels (AcP N.F. 36 (1957) S. 530) hat die "Relativität" der Denkfigur "juristische Person" im Kontext seiner Auseinandersetzung mit der Lehre vom sog. Durchgriff einfach als Notwendigkeit bezeichnet.

³⁶³ Vgl Kapitel IX hiervor.

inanderfallen des Rechts- bzw. Parteifähigkeitsbegriffes geschlossen werden.

Trotz seiner Auffassung, wonach die Frage des "Durchgriffes" die Parteifähigkeit nicht berühre, hält Ottomann auch im Zivilprozessrecht Tatbestände für denkbar, da "durchgegriffen" wird. Ottomann erwähnt als Beispiel dafür den als Zeugen in einem Prozess der Einmann-AG auftretenden Alleinaktionär.³⁶⁴ Ferner hält er eine Art von "prozessualen Durchgriff" auch im Bereiche des Armenrechts für möglich.³⁶⁵ Auf eine weitere Art von "prozessualen Durchgriff" hat Rohrer³⁶⁶ aufmerksam gemacht. Er weist im Zusammenhang mit lediglich zum Zwecke der Erhebung einer Anfechtungsklage und Durchführung von Anfechtungsprozessen gegründeten Aktiengesellschaften auf die Möglichkeit missbräuchlicher Verwendung der Rechtsform der juristischen Gesellschaft hin.

Zufolge der starken materiellrechtlichen Substantiiertheit des Parteifähigkeitsbegriffes hat das Auftreten von "Durchgriffstatbeständen" nicht nur auf die Rechtsfähigkeit Auswirkungen sondern auch auf die Parteifähigkeit der Gesellschaft, "durch welche hindurch gegriffen wird".³⁶⁷ Die Fälle eines prozessualen Durchgriffes beschränken sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf die von Ottomann und Rohrer dargelegten Fälle. Ein "Durchgriff" zeitigt m.E. auf die Rechts- und die Parteifähigkeit des betreffenden Gebildes gleichermassen Auswirkungen: Es geht um die eingeschränkte Rechts- bzw. Parteifähigkeit eines in der Rechtsform der juristischen Person auftretenden atypischen Gebildes.

³⁶⁴ Ottomann S. 107; ZR 71 Nr. 42.

³⁶⁵ Ottomann (S. 6) verweist dabei auf ZR 50 NR. 70.

³⁶⁶ Rohrer S. 95/96.

³⁶⁷ Der Ausdruck "Durchgriff" erscheint bei Zugrundelegen eines relativistischen Verständnisses des Rechts- und Parteifähigkeitsbegriffes als unglücklich und verfehlt.

13.2.2 Im besonderen: Auf den Liquidationszweck beschränkte Rechts- bzw. Parteifähigkeit bei juristischen Personen in Liquidation

13.2.2.1 Im allgemeinen

Die h. L. vertritt den absoluten Rechts- bzw. Parteifähigkeitsbegriff und muss konsequenterweise die Rechtsfähigkeit einer in Liquidation befindlichen juristischen Person als weiterhin umfassend und integral betrachten. Denn auch eine in Liquidation befindliche juristische Person ist noch eine juristische Person.³⁶⁸

Bei Zugrundelegen eines relativen Rechtsfähigkeitsbegriffes erscheint die Rechtsfähigkeit einer in Liquidation befindlichen juristischen Person aber zufolge des auf den Liquidationszweck beschränkten Handlungsvermögens der Organe und Liquidatoren auch auf den Liquidationszweck beschränkt. Das geltende Recht schliesst die Annahme einer beschränkten Rechtsfähigkeit bei den Liquidationsgesellschaften nicht aus: Nach Art. 739 Abs. 1 OR - welcher aufgrund der Verweisungen auch für die KommAG, die GmbH und die Genossenschaft Geltung hat - behält die Aktiengesellschaft, welche in Liquidation tritt zwar die juristische Persönlichkeit, führt ihre bisherige Firma jedoch mit dem Zusatz "in Liquidation". Nach Art. 739 Abs. 2 OR werden die Befugnisse der Gesellschaft mit dem Eintritt der Liquidation auf die Handlungen beschränkt, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind. Die ratio legis von Art. 739 OR schliesst m.E. eine auf den Liquidationszweck beschränkte Rechtsfähigkeit der sich im Auflösungsstadium befindlichen Gesellschaft keinesfalls aus sondern fordert sie geradezu.³⁶⁹ Es bestehen bezüglich Gesellschaften in Liquidation keine Interes-

³⁶⁸ Vgl. Fabricius S. 107 für den Verein: "Die Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins wird lediglich auf den Liquidationszweck bezogen, durch ihn beschränkt, ohne dass der Verein seine Eigenschaft als juristische Person verliert...".

³⁶⁹ Fabricius S. 100 allerdings in bezug auf die auf ideelle Zwecke begrenzte Rechtsfähigkeit des Vereins.

sen daran, dass diese über den Liquidationszweck hinaus am Rechtsverkehr teilnehmen.³⁷⁰

Der auf den Liquidationszweck begrenzten Rechtsfähigkeit entspricht auch eine auf den Auflösungszweck beschränkte Parteifähigkeit. In der Praxis entstehen aufgrund dieses relativierten Verständnisses der Parteifähigkeit keine Probleme.

13.2.2.2 Im besonderen: Bedeutung der Löschung im Handelsregister bei nicht abgeschlossener Liquidation

Nach der Meinung des Bundesgerichts ³⁷¹und nach der h. L. ³⁷²gehen Rechts- und Parteifähigkeit mit der Löschung im Handelsregister unter, wobei aber deren Wiederaufleben durch Wiedereintragen nach der Meinung des Bundesgerichts möglich ist, wenn sich nachträglich noch Rechte und Pflichten der Gesellschaft als vorhanden herausstellen, die Prozesse oder Betreibungen erforderlich machen.

Eine andere Meinung geht dahin, dass die Löschung nicht den Untergang der Rechtspersönlichkeit nach sich ziehen könne, da andernfalls zwischen Löschung und Wiedereintragung "herrenlose" Aktiven und Passiven bestünden, weshalb die Löschung nur deklaratorische Bedeutung haben könne. Trotz Weiterbestehen der Rechtsfähigkeit nach der Löschung sind aber auch nach dieser Meinung gelöschte Gesellschaften parteiunfähig und erlangen die Parteifähigkeit erst durch Wiedereintragung zurück. Als Konsequenz ergibt sich gestützt auf diese Lehre ein Auseinanderklaffen zwischen Rechts- und Parteifähigkeit.³⁷³ Legt man dem vorliegenden Problem ein relatives Verständnis der Rechts- und Parteifähigkeit zugrunde, so gelangt man m. E. zu befriedigenderen Ergeb-

³⁷⁰ Fabricius S. 100.

³⁷¹ BGE 65 II 150; 73 III 62; 78 I 305.

³⁷² Vgl. etwa Guhl/Merz/Kummer S. 685; von Greyerz S. 285.

³⁷³ Ottomann S. 14 mit Hinweisen.

nissen: Nach der Löschung im Handelsregister kommt den gelöschten juristischen Personen eine auf die Liquidation der nachträglich noch zum Vorschein kommenden, unverteilten Aktiven und Passiven beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit zu und dies unabhängig von der Wiedereintragung. Diese Ansicht befindet sich vom Resultat her mit der zum deutschen Aktien- und Prozessrecht vertretenen Auffassung in Uebereinstimmung, wonach Prozesse auch ohne Wiedereintragung möglich sind, wenn nachträglich noch unverteilte Aktiven oder Passiven vorhanden sind.³⁷⁴

Die schweizerische Rechtsprechung nimmt jedoch einen anderen Standpunkt ein. So hat das Bundesgericht selbst für den Fall Wiedereintragung verlangt, dass gegen eine bereits gelöscht Gesellschaft auf Nichtigerklärung des Auflösungsbeschlusses geklagt wird. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass andernfalls, sollte die Klage abgewiesen werden, der Prozess gegen ein gar nicht existierendes Gebilde geführt worden wäre, was undenkbar sei.³⁷⁵ Diese Lösung führt aber zum unbefriedigenden Ergebnis, dass die für diesen Prozess wiedereingetragene Gesellschaft bei Abweisung der Klage wiederum zu löschen ist.³⁷⁶ Ottomann³⁷⁷ bejaht für eine derartige Klage die Parteifähigkeit auch ohne Wiedereintragung, da hier das Erfordernis der Wiedereintragung zur leeren Formalität zu werden drohe. Geht man hingegen von der beschränkten Parteifähigkeit des gelöschten Gebildes aus, so kann man überhaupt und nicht nur im Ausnahmefall von einer Zulassung zum Prozess ohne Wiedereintragung ausgehen. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts hat man es in einem solchen Fall zufolge Unterlassung der Wiedereintragung nicht mit einem nicht existierenden Gebilde zu tun,

³⁷⁴ Ottomann S. 14 mit Hinweisen.

³⁷⁵ BGE 64 II 150.

³⁷⁶ von Steiger zit. in Ottomann S. 15.

³⁷⁷ Ottomann S. 15.

sondern mit einer realen Erscheinung, die im Streit um letzte von ihr geltend gemachte Rechte bzw. von ihr bestrittene Verpflichtungen sowie im Streit um ihre Auflösung bzw. Weiterexistenz noch beschränkt parteifähig ist.³⁷⁸

³⁷⁸ Vgl. Kapitel IX hiervor.

Teil 4

PARTEIFÄHIGKEIT BEI FEHLENDER JURISTISCHER PERSÖNLICHKEIT

In Teil 3 hiervor ist die Relativität der Rechts- bzw. Parteifähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts vertreten worden. Im folgenden ist auf jene Gebilde näher einzugehen, denen die h. L. die juristische Persönlichkeit und damit getreu der dualistischen Theorie jegliche Rechtsfähigkeit abspricht. Dabei geht es um die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit bestimmter verselbständigter Vermögensmassen, ferner um die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit bestimmter von der h. L. für rechtsunfähig erklärter Personengemeinschaften und schliesslich um die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von Organen, wobei u. a. auch das Problem der Insichprozesse angesprochen wird.³⁷⁹

Im Schrifttum hat - um die ganze Problematik an einem Beispiel zu veranschaulichen - der Umstand, dass zum einen von einer beschränkten Parteifähigkeit des Nachlasses gesprochen und zum anderen auch über die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft diskutiert wird, zu keinen grundsätzlichen Ueberlegungen veranlasst. Ferner ist die Parteifähigkeit des Verwaltungsrates einer Kapitalgesellschaft ohne weiteres Nachdenken als Kuriosität des geltenden Rechts gewertet worden.³⁸⁰ Die Gemeinsam-

³⁷⁹ Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass die vorliegende Arbeit von einer Parallelität zwischen Rechts- und Parteifähigkeit ausgeht, weshalb auch die materiellrechtliche Konzeption der zu erörternden Gebilde in die Behandlung miteinbezogen werden muss.

³⁸⁰ Guldener (S. 127) bezeichnet die Artikel 706/808 und 891 OR als "singulärer Art".

keit liegt bei den genannten Fällen aber darin, dass man den Verwaltungsrat einer Kapitalgesellschaft, die Erbmasse und die Erbengemeinschaft je als Teile von Personen-Vermögenskomplexen betrachten kann, die auf bestimmte Zwecke ausgerichtet sind. Zur Veranschaulichung dieses für juristische Ohren abstrakt und untechnisch tönenden Terminus' seien einige der hier interessierenden Arten von Personen-Vermögenskomplexen zusammengestellt:

Konkursmasse	Konkursverwaltung ev. zusätzlich Gläubigerausschuss	Gläubiger- gemeinschaft	Gemeinschuldner
Liquidations- masse	Liquidator	Gläubiger- gemeinschaft	Schuldner
Erbmasse	ev. Willensvoll- strecker, Erb- schaftsverwalter, Erbenvertreter	Erbengemein- schaft	Erben
Anlagefonds	Sachwalter	Anleger (Mz.)	Anleger(Ez.)
Sondervermögen der Stockwerkei- gentümerge- meinschaft	Vorstand der Stockwerkei- gentümergein- schaft	Gemeinschaft der Stockwerk- eigentümer	Stockwerkei- gentümer

Sondervermögen der einfa- chen Ge- sellschaft	Vertretungs- berechtigte Gesell- schafter	Gemeinschaft der einfa- chen Gesell- schafter	Der einfache Gesell- schafter
Sondervermögen einer Körper- schaft im Gründungs- stadium	Vertretungsbe- rechtigte Gründungs- gesell- schafter	Gemeinschaft der Gründungs- gesell- schafter	Der Gründungs- gesellschafter
Kapital einer Kollektivge- schaft	Zur Vertretung befugte Gesell- schafter	Gemeinschaft der Kollektiv- gesellschafter	Der einzelne Kol- lektivgesell- schafter
Kapital einer Kommanditgesell- schaft	Selbstorgane oder Drittorgane	Kreis der Komp- lementäre und der Kommanditäre	Komplementär Kommanditär
Grundkapital einer AG	Verwaltungsrat Kontrollstelle Generalversammlung	Gesamtheit der Aktionäre	Aktionär
Stiftungsvermögen	Stiftungsrat	Kreis der Destinatäre	Der einzelne Destinatär

usw.

Bestimmte Personen-Vermögenskomplexe hat der Gesetzgeber durch die Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit nach aussen hin klar abgegrenzt, hat aber eine gewisse rechtliche Verselbständigung bestimmter Organe nicht völlig ausgeschlossen. Obschon die juristische Person - ein Personen-Vermögenskomplex insgesamt also - hauptsächlicher Rechtszuordnungspol bildet, hat der Gesetzgeber auch den Organen (bzw. Teilen der juristischen Person) gewisse Rechte und Pflichten zugeordnet.

Es wird nicht bestritten, dass die rechtliche Regelung dieser Personen-Vermögenskomplexe im einzelnen recht unterschiedlich aussehen kann, was es zu beachten gilt. Hingegen sollten von der Rechtssprechung und Lehre vermehrt die Gemeinsamkeiten bei den verschiedenen Personen-Vermögenskomplexen gesehen werden, damit funktionell gebotene Lösungen nicht durch traditionell überbewertete Konstruktionen³⁸¹ verhindert werden. Nur so kann man der rechtstatsächlichen Situation besser gerecht werden. Durch das Fallenlassen der dualistischen Theorie, durch die Anerkennung von Teilrechtssubjekten also, sowie

³⁸¹ Gemeint ist hiermit die Mystifikation der juristischen Person.

durch das Abkommen vom monolithischen Eigentumsbegriff³⁸² würde das Verständnis für die Verwandtschaft der hier nicht abschliessend aufgeführten Personen-Vermögenskomplexe gefördert.

³⁸² Die Preisgabe des monolithischen Eigentumsbegriffes hat Hanisch (S. 303) gefordert. Er hat in überzeugender Weise dargelegt, dass die h. L., welche vom Alleineigentum des Gemeinschuldners an dem unter Konkursbeschlagnahmung befindlichen Vermögen ausgeht, zu keiner sachgerechten Lösung führt. Das unter Konkursbeschlagnahmung stehende Vermögenssubstrat erscheint aufgrund des geltenden Rechts vielmehr sowohl dem Gemeinschuldner als auch der Konkursmasse zugeordnet. Für das erstere spricht, dass der Konkurs Dritte gegenüber, allerdings in Verletzung strafrechtlicher Normen, durchaus noch rechtswirksame Verfügungen vornehmen kann. Für das letztere spricht, dass das betreffende Vermögenssubstrat vorab der Befriedigung der Massaschulden zu dienen hat. Ueberhaupt zeigt sich die Fragwürdigkeit des monolithischen Eigentumsbegriffes immer bei der problematischen Trennung von rechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum. So ist etwa die Fondsleitung beim Kollektivanlagevertrag fiduziarische Alleineigentümerin (Meier-Hayoz, Eigentum, Vorbem. zu Art. 646 bis 654 ZGB N. 32 und N. 22, wo auch kritische Stimmen zu der von der h. L. vertretenen Vollrechtstheorie beim fiduziarischen Eigentum aufgeführt sind), wobei sie aber das den Anlagefonds bildende Vermögen immer gesondert aufzubewahren hat (Verbot des depositum irregulare, Art. 13 AFG). Gerade in dem Falle, wo sich die Eigentumsfrage aktualisiert, beim Konkurs der Fondsleitung, manifestiert sich dann die starke Verselbständigung des zum Anlagefonds gehörenden Vermögens (Meier-Hayoz, Eigentum, Vorbem. zu Art. 646 bis 654 ZGB Nr. 32; Amonn, Kollektivanlagevertrag S. 300). Hanisch (S. 299 mit Hinweisen) stellt sich im Zusammenhang mit seiner Kritik am monolithischen Eigentumsbegriff ferner die naheliegende parallele Frage, wie das Verhältnis der Eigentumsberechtigung des Aktionärs - sofern man dessen in der Mitgliedschaft mitverkörpertes Individualinteresse als "wirtschaftliches Eigentum" auszudrücken bereit ist - zu derjenigen des als AG organisierten Unternehmens zu denken ist. Es sei der AG weder beizukommen, indem man sie sich mehr oder weniger naiv allein vom Aktionär und seinem wirtschaftlichen Eigentum her vorstelle, noch indem man alles vom Unternehmen hersehe und den Aktionär als eine fast überflüssige Randfigur abtue (Hanisch S. 299). Meier-Hayoz (Vorbem. zu Art. 646 bis 654 ZGB N. 17) spricht dagegen als Vertreter der monolithischen Eigentums-theorie in bezug auf die Vermögensrechte des Aktionärs einfach von verselbständigten Mitgliedschaftsrechten, ohne auf deren Rechtsnatur weiter einzugehen.

Kapitel XIV
PARTEIFÄHIGKEIT VON VERWALTETEN
VERMÖGENSMASSEN

14.1 Relative Rechts- und Parteifähigkeit von Vermögensmassen des öffentlichen Rechts

14.1.1 Öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit

383

Knapp unterteilt die öffentlich-rechtlichen Anstalten in solche mit und solche ohne Rechtspersönlichkeit.³⁸⁴ Dabei kann nach ihm grundsätzlich nur die Institution, die die Rechtspersönlichkeit besitzt, selbständige privatrechtliche Beziehungen eingehen, Eigentum erwerben usw. Doch gilt diese Regel seines Erachtens nicht uneingeschränkt, denn eine öffentlich-rechtliche Anstalt wie die SBB, die nicht die Rechtspersönlichkeit besitzt³⁸⁵, kann u. a. Sachen erwerben und besitzt die Passivlegitimation (recte Parteifähigkeit).³⁸⁶ Knapp bleibt dabei nicht bei einem Einzelfall stehen:³⁸⁷ "Man kann somit den Grundsatz aufstellen, dass

³⁸³ Vgl. die eingehende Erörterung solcher öffentlich-rechtlicher Erscheinungen bei Knapp Nr. 1474 - Nr. 1488.

³⁸⁴ Knapp Nr. 1383.

³⁸⁵ BGE 98 Ib 68.

³⁸⁶ Vgl. Knapp (Nr. 1380), welcher auf Art. 5 SBBG und BGE 91 I 228 verweist; vgl. ferner BGE 102 Ib 315 E. 1a: "Die SBB sind keine juristische Person sondern eine unselbständige Anstalt des Bundes. Sie sind jedoch innerhalb der Schranken der Bundesgesetzgebung verwaltungsmässig unabhängig; insbes. besitzen sie die Prozessfähigkeit und sind demnach in dieser Sache passivlegitimiert."

³⁸⁷ Vgl. Knapp Nr. 1507: "Das Gesetz entscheidet, ob und inwieweit eine dezentralisierte Anstalt Rechtspersönlichkeit besitzt." Ferner Binder S. 140: "Abgesehen davon, dass im eben beschriebenen Sinn Rechtspersonen des öffentlichen Rechts im Hinblick auf ihren Aufgaben- und Wirkungskreis über eine eingeschränkte Rechtsfähigkeit verfügen,

eine dezentralisierte Institution die rechtlichen Befugnisse besitzt, die das Gesetz ihr zuerkennt." Knapp spricht im weiteren von einer unvollständigen Rechtspersönlichkeit, die den Bedürfnissen der Institution angepasst ist.³⁸⁸

Knapp hat das Auftreten von öffentlich-rechtlichen Institutionen als Teilrechtssubjekte im privaten Rechtsverkehr angesprochen. Er hat damit zugleich die Frage einer beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit bestimmter öffentlich-rechtlicher Institutionen aufgeworfen. Aufgrund des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, welches im Bereich des öffentlichen Rechts Geltung hat, ist die Rechtsstellung solcher öffentlich-rechtlicher Institutionen, welche als unvollständige Rechtspersönlichkeiten charakterisiert werden können, gewöhnlich in zureichendem Masse gesetzlich geregelt, so dass das Auftreten solcher Gebilde in Zivilprozessen normalerweise keine Schwierigkeiten verursachen dürfte.³⁸⁹ Da im Zentrum der vorliegenden Arbeit v.a. das Auftreten von zivilrechtlichen Gebilden oder dem Zivilrecht nahe stehenden Erscheinungen - zu denken ist dabei etwa an die Konkursmasse oder die Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensliquidation - im Zivilprozess steht, wird

kennt die Rechtsordnung auch Fälle, in denen der Gesetzgeber von vornherein einer Organisationseinheit ausdrücklich nur eingeschränkte Rechtsfähigkeit verleiht."

³⁸⁸ Knapp stellt der "uneingeschränkten Rechtspersönlichkeit" die "unvollständige Rechtspersönlichkeit" gegenüber (Nr. 1381). In diesem Zusammenhang weist er unter Hinweis auf BGE 76 III 67 darauf hin, dass das Bundesgericht den Begriff der unvollständigen Rechtspersönlichkeit ausser acht zu lassen scheine (Nr. 1385).

³⁸⁹ Bund und Kantone haben die Möglichkeit, Rechtsformen eigener Prägung zu schaffen. Art. 59 Abs. 1 ZGB weist auf diesen Umstand hin. Dieser Vorbehalt zu Gunsten des öffentlichen Rechts gilt auch für das Gebiet des Prozessrechts: Ob Anstalten des Bundes oder der Kantone die Parteifähigkeit zukommt, kann - sei es direkt oder durch Auslegung - aus den sie regelnden öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen entnommen werden. Dabei gilt es zu beachten, dass die Parteifähigkeit trotz Verneinung der juristischen Persönlichkeit oftmals zuerkannt wird. Grunsky (Grundlagen S. 249) hat im Zusammenhang mit der Zuerkennung von Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde ganz allgemein darauf aufmerksam gemacht, dass es naheliege, gerade aus der Parteifähigkeit zu folgern, dass wenigstens eine beschränkte Rechtsfähigkeit vorliege.

auf das Problem des Auftretens von beschränkt parteifähigen öffentlich-rechtlichen Anstalten nicht weiter eingegangen. Der Vollständigkeit halber sei aber noch erwähnt, dass, wenn man der Meinung von Fabricius folgt³⁹⁰, welcher mit Bezug auf öffentlich-rechtliche Institutionen die Geltung des ultra-vires-Prinzips postuliert hat, man nicht mehr zwischen öffentlich-rechtlichen Institutionen mit unbegrenzter und solchen mit einer unvollständigen Rechtspersönlichkeit unterscheiden kann, sondern dass man mit Bezug auf alle verselbständigten öffentlich-rechtlichen Erscheinungen ohne Unterschied von einer durch das öffentliche Recht beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit sprechen muss.

14.1.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Konkursmasse

14.1.2.1 Beschränkte Rechtsfähigkeit der Konkursmasse

Gemäss der h. L., welche Teilrechtssubjekte oder juristische Personen zweiter Ordnung³⁹¹ nicht kennt, ist die Konkursmasse nicht rechtsfähig. Obschon dem Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis fehlt³⁹², wird er in materiellrechtlicher Hinsicht als alleiniger Rechtszuordnungspol betrachtet.³⁹³

Demgegenüber kritisiert Hanisch den monolithischen Eigentumsbegriff der kontinentalen Rechtssysteme: "...sie können es nicht zugeben, dass das Eigentumsrecht als solches gespalten werden kann."³⁹⁴ Er hat die Konkursmasse im Uebergangsbereich vom Objekt zum Subjekt ³⁹⁵ ange-

³⁹⁰ Fabricius S. 108.

³⁹¹ Zum Ausdruck vgl. Spinner S. 56 mit Hinweis auf Haff.

³⁹² Dem Gemeinschuldner kommt aber ungeachtet dessen nach wie vor Verfügungsmacht zu: Der Konkursit kann Dritten gegenüber, allerdings in Verletzung strafrechtlicher Normen, durchaus noch rechtswirksame Verfügungen vornehmen.

³⁹³ Fritzsche II S. 44.

³⁹⁴ Hanisch S. 303.

³⁹⁵ Hanisch S. 283.

siedelt. Im Unterschied zu den allgemein für rechtsfähig erklärten Subjekten kommt nach Hanisch der Konkursmasse Rechtsfähigkeit nur in denjenigen Einzelbeziehungen zu, die aufgrund von Gesetz und System an sie als Subjekt anknüpfen.³⁹⁶ In der schweizerischen Literatur hat Walder den Sondervermögenscharakter der Konkursmasse hervorgehoben, ohne allerdings so weit zu gehen, und von einer Teilrechtsfähigkeit dieser Masse zu sprechen. Er spricht von einem durch die Konkurseröffnung selbständig gewordenen Vermögenskomplex sui generis.³⁹⁷ Kuchler³⁹⁸ und Spinner³⁹⁹ sind weitergegangen. Sie sprechen ausdrücklich von der beschränkten Rechtsfähigkeit der Konkursmasse.

14.1.2.2 Beschränkte Parteifähigkeit der Konkursmasse

Nach Art. 240 (2. Satzteil) SchKG vertritt die Konkursverwaltung die Masse vor Gericht. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass die Konkursmasse kraft eidgenössischen Rechts prozessfähig (recte parteifähig) sei und hat im weiteren hinzugefügt, es könne der Konkursmasse das Auftreten als Prozesspartei aus Gründen des kantonalen Prozessrechts nicht verwehrt werden.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Hanisch S. 291: er spricht in diesem Zusammenhang allgemein von der relativierten Rechtsfähigkeit anstaltsmässig organisierter Sondervermögen. Vor Hanisch hat sich in der deutschen Lehre schon Bötticher (Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ) für die Rechtsträgerschaft der Konkursmasse ausgesprochen.

³⁹⁷ Walder § 8 Rz 3; er verweist dabei auf die verwandte Situation des Erbschaftsvermögens im Falle der amtlichen Liquidation (§8 Anm. 21).

³⁹⁸ Kuchler S. 240.

³⁹⁹ Spinner S. 58f.

⁴⁰⁰ Vgl. BGE 41 III 172 E. 3; eine Bestätigung findet sich in BGE 47 III 11, wo das Bundesgericht ausführt, dass aufgrund von Art. 240 SchKG ein solches Sondervermögen auch aktiv und passiv prozessfähig (recte parteifähig) sein muss. Die Konkursmasse als Klägerin sei zwar nicht die Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners. Sie könne jedoch alle seine Rechte geltendmachen, trage aber auch seine sämtlichen Pflichten (BGE 87 II 172 E. 1). Der Gläubiger werde durch die Abtretung in die Lage versetzt, anstelle der Masse als Partei in einen bereits hängigen Prozess einzutreten (BGE 105 III 188).

Die Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 geht in § 73 Ziff. 7 ZPO, wo sie die Kautionspflicht der klagenden Konkurs- und Nachlassmasse vorsieht, eindeutig von der Parteifähigkeit dieser Massen aus. Auch die zürcherischen Gerichte gehen von der Parteifähigkeit der Konkursmasse aus.⁴⁰¹

Weniger einhellig als in der Rechtsprechung sind die in der Lehre vertretenen Meinungen über die prozessuale Stellung der Konkursmasse. So haben Sträuli/Messmer⁴⁰², Guldener⁴⁰³ und Hänzi⁴⁰⁴ die Parteifähigkeit der Konkursmasse verneint. Sie betrachten die Masse lediglich als den Namen, die Bezeichnung, unter welcher die Konkursverwaltung als Stellvertreter des Schuldners den Prozess führen. Sträuli/Messmer⁴⁰⁵ und Hänzi⁴⁰⁶ begründen ihre Stellungnahme zugunsten der Vertretertheorie damit, dass die Masse nicht Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners sei. Ihre Ansicht beruht also letztlich auf dem Rechtszuordnungsdualismus der h. L. sowie auf dem monolithischen Eigentumsbegriff. Neben der Vertretertheorie werden zur Klärung der Prozessstellung der Konkursmasse die Amtstheorie und die Organtheorie vertreten.⁴⁰⁷ Während die h. L. in Deutschland auf dem Boden der Amtstheorie steht⁴⁰⁸, und die Konkursverwaltung als "Partei kraft Amtes" betrachtet⁴⁰⁹, wird diese Ansicht in der Schweiz nur sehr ver-

⁴⁰¹ Vgl. etwa ZR 53 Nr. 155 S. 333 und ZR 60 Nr. 59 S. 117.

⁴⁰² Sträuli/Messmer § 27/28 N. 20.

⁴⁰³ Guldener S. 126.

⁴⁰⁴ Hänzi S. 49.

⁴⁰⁵ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 20.

⁴⁰⁶ Hänzi S. 46/47.

⁴⁰⁷ Vgl. zu den verschiedenen Theorien etwa Hänzi S. 44 - S. 50 und Holenstein S. 104ff.

⁴⁰⁸ Grunsky, Grundzüge S. 37 mit Hinweisen.

⁴⁰⁹ Vgl. zum Ausdruck etwa Bötticher ZJP 77 S. 61.

einzel vertreten.⁴¹⁰ Dagegen hat die Organtheorie - "eine alte, schon fast vergessene Theorie"⁴¹¹ - im deutschen⁴¹² und auch im schweizerischen Schrifttum⁴¹³ an Boden gewonnen. Danach kommt der Konkursmasse eine auf den Liquidationszweck beschränkte Rechtsfähigkeit zu.⁴¹⁴ "Erscheint dieser Weg gangbar, dann folgt die Parteifähigkeit - wie auch sonst - der Rechtsfähigkeit. Auch deren Beschränkung - durch den Liquidationszweck - gilt dann für die Parteifähigkeit."⁴¹⁵

In der schweizerischen Zivilprozessrechtslehre sprechen sich Walder⁴¹⁶ und Vogel⁴¹⁷ uneingeschränkt zugunsten der Parteifähigkeit aus, ohne allerdings auf das Problem der Relativierung des Parteifähigkeitsbegriffes einzutreten. Amonn setzt seinerseits die Parteifähigkeit der Konkursmasse auch im Zivilprozess⁴¹⁸ voraus, wenn er darauf hinweist, dass die Konkursmasse noch selbst betrieben werden könne für Forderungen, die ihr gegenüber begründet wurden und wofür sie als Sondervermögen gegenüber ihren eigenen Gläubigern haftet.⁴¹⁹

⁴¹⁰ Vgl. etwa Schoch S. 82f.

⁴¹¹ Grunsky, Grundzüge § 3 II 2 S. 38.

⁴¹² Bötticher ZJP 77 S. 55ff sowie Hanisch.

⁴¹³ Holenstein hat sich trotz seiner Zweifel am rechtstheoretischen Unterbau dieser Theorie - er spricht den verselbständigten Vermögensmassen die Parteifähigkeit ab (S. 132 oben) - aus praktischen Gründen zugunsten der Organtheorie "in der abgeschwächten Form" ausgesprochen, wonach das Sondervermögen lediglich der Name sei, unter dem der Vermögensinhaber auftrete (S. 133). Dies ist abzulehnen (vgl. Kapitel V hiervoor.)

⁴¹⁴ Bötticher ZJP 77 S. 63.

⁴¹⁵ Bötticher ZJP 77 S. 64.

⁴¹⁶ Walder (§ 8 Rz 3) wendet sich an dieser Stelle dagegen, dass das Auftreten der Konkursmasse vor Gericht lediglich als Frage der Parteibezeichnung betrachtet wird, wie dies u. a. Guldener (S. 114) tut.

⁴¹⁷ Vogel S. 85/86.

⁴¹⁸ Vgl. unter Kapitel VI hiervoor und unter 24.1.2 hiernach.

⁴¹⁹ Amonn S. 309f.

Der Organtheorie ist m.E. uneingeschränkt der Vorzug zu geben. Die Richtigkeit der Organtheorie zeigt sich u. a. daran, dass die Prozesskosten beim Unterliegen nicht die Konkursverwaltung treffen, sondern das verwaltete Vermögen.⁴²⁰ Ferner ergibt sich aufgrund der Organtheorie auch in den Fällen eine befriedigende Lösung, in denen die Konkursmasse gegen den Gemeinschuldner vorgehen muss.⁴²¹

14.1.3 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Nachlassmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

In bezug auf die Nachlassmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist der Stand der Rechtssprechung⁴²² und Lehre identisch mit demjenigen bei der Konkursmasse, was angesichts dessen, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geradezu eine besondere Art des Konkursverfahrens bildet⁴²³, nicht erstaunen kann. Wie die Konkursmasse bildet auch die Liquidationsmasse einen Vermögenskomplex sui generis und stellt ein auf den Liquidationszweck ausgerichtetes Sondervermögen dar. Die Rechtssprechung und der Teil der Lehre, welcher die Parteifähigkeit der Liquidationsmasse bejaht, stützen sich dabei auf Art. 316d Abs. 3 SchKG.⁴²⁴

Infolge der Gleichbehandlung der Liquidationsmasse mit der Konkursmasse in Lehre und Praxis ist an dieser Stelle nur noch auf zwei Entscheide des Zürcher Obergerichts⁴²⁵: einzugehen, in welchen dieses zu einer Bejahung der Parteifähigkeit der Liquidationsmasse gekommen

⁴²⁰ Amonn S. 361.

⁴²¹ Vgl. dazu BGE 41 III 173.

⁴²² BGE 41 III 173.

⁴²³ BGE 68 I 195.

⁴²⁴ Art. 316d Abs. 3 SchKG a. E.: "...und vertreten die Masse vor Gericht." (sc. die Liquidatoren).

⁴²⁵ ZR 82 (1983) Nr. 25 und ZR 78 (1979) Nr. 28; vgl. ferner ZR 57 Nr. 65 S. 172, wo noch offengelassen wurde, ob der Liquidationsmasse die Parteifähigkeit zukommt.

ist: In ZR 82 (1983) Nr. 25 heisst es, dass die Zuerkennung der formellen Parteistellung an den Liquidator nicht nur mit Art. 316d SchKG sondern auch mit § 73 Ziff. 7 ZPO (ZH) in Widerspruch stehe, da die letztgenannte Bestimmung eine Klage der Konkurs- oder Nachlassmasse ausdrücklich vorsehe und statuiere. Diese Formulierung veranschaulicht die merkwürdige Zwischenstellung des Begriffes der Parteifähigkeit zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht.⁴²⁶ Unbehagen bereitet in demselben Entscheid die Ausdrucksweise, wonach demgegenüber die Ansicht, Partei im formellen Sinne sei in solchen Fällen "(nur) der Liquidator"⁴²⁷, abzulehnen sei. Was soll das eingeklammerte Wort "nur" bedeuten? Wenn damit i. S. eines Kompromisses an die Amtstheorie gemeint sein sollte, dass neben der Parteistellung geniessenden und für parteifähig erklärten Masse auch dem Liquidator Parteistellung zukommt, muss an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, dass man sich entweder zugunsten der Parteistellung der Masse oder zugunsten der Parteistellung des Liquidators entscheiden sollte.⁴²⁸ Entscheidet man sich aber, wie dies das Zürcher Obergericht im betreffenden Fall getan hat, für die Parteistellung der Liquidationsmasse, so erscheint der Liquidator selber nur als ihr prozessführungsberechtigter Vertreter und sollte nur als ihr Prozessvertreter und keinesfalls selber als Partei betrachtet werden. In diesem Zusammenhang sei ferner auf die potentiell zu Missverständnissen führende Verwendung des Ausdruckes "Prozessstandschaft" in ZR 78 Nr. 28 hingewiesen, wo ebenfalls ausdrücklich die Nachlassmasse und nicht der Liquidator für parteifähig erklärt worden ist. Auch wenn es sich hier zweifellos um einen Fall von sog. Prozess-

⁴²⁶ Vgl. unter 2.4 hiavor.

⁴²⁷ ZR 82 (1983) Nr. 25 S. 55.

⁴²⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die verwirrende Anmerkung bei Walder (§ 9 Anm. 19), wonach nach der h. L. gestützt auf Art. 602 Abs. 2 ZGB der Willensvollstrecker wie der Erbenvertreter eine selbständige Stellung haben, nicht selber Partei seien aber Parteistellung hätten.

standschaft handle, heisst es im fraglichen Entscheid, sei der von Sträuli/Messmer gezogene Schluss nicht zwingend, wonach die Liquidatoren vor Gericht in eigenem Namen aufzutreten hätten. Was dabei das Obergericht in ZR 78 Nr. 28 und was Sträuli/Messmer⁴²⁹ unter Prozessstandschaft verstehen ist nicht vollends klar.

Walder⁴³⁰ hat im Gegensatz dazu klar festgelegt, was er unter dem Begriff der Prozessstandschaft versteht und diesen Begriff klar von der Prozessführungsbefugnis abgegrenzt. Eine klare Begrifflichkeit erweist sich denn auch als unabdingbar. Solange bei der Verwendung und der Definition der Ausdrücke Prozessstandschaft und Prozessführungsbefugnis keine Uebereinstimmung erzielt werden kann, solange wird es in diesem Bereich immer wieder zu Missverständnissen und zu mehrdeutigen Entscheiden kommen.

14.2 Relative Rechts- und Parteifähigkeit von Vermögensmassen des Zivilrechts

14.2.1 Im allgemeinen

Grasshoff⁴³¹ hat sich bereits 1926 - allerdings ohne Anklang zu finden - dafür eingesetzt, es sei offen zu lehren, dass es neben den beiden anerkannten Rechtspersönlichkeiten noch diese eigenartige dritte Gruppe von Rechtspersonen - die verselbständigten Vermögensmassen - gibt. Grasshoff hat dabei u. a. den Nachlass⁴³² und die Ehegüter⁴³³ vor Augen gehabt.

⁴²⁹ Sträuli/Messmer § 27/28 Nr. 20.

⁴³⁰ Walder § 9 Rz 4 und 5.

⁴³¹ Grasshoff S. 124.

⁴³² Grasshoff S. 124ff.

⁴³³ Grasshoff S. 129ff.

Im Zivilrecht ist eine Vielzahl von Sondervermögen anzutreffen.⁴³⁴ Die Untersuchung der Parteifähigkeit aller im Zivilrecht vorkommenden Sondervermögen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es kann hier stellvertretend nur auf jene Sondervermögen näher eingegangen werden, deren Parteifähigkeit sich in der schweizerischen Lehre und Praxis in letzter Zeit in zunehmendem Masse herauskristallisiert hat.⁴³⁵ Vorliegend wird für die beschränkte Rechts- bzw. Parteifähigkeit bestimmter Vermögensmassen eingetreten. Es geht dabei um ein altes und infolge der Herrschaft der dualistischen Lehre bis heute nicht gelöstes Problem, das schon oft dargelegt worden ist. Die Hilflosigkeit der dualistischen Lehre widerspiegelt sich dabei etwa in der folgenden Äusserung Hellwigs: "Wenn dem Subjekt des Sondervermögens die Verfügungsmacht und die Verwaltung bezüglich der Bestandteile desselben so entzogen ist, als wenn es einem Dritten gehörte, so ist es lediglich die negative Folge hieraus, dass ihm auch für den Prozess die Sachlegitimation gerade so mangelt wie sonst bei dem Fehlen der subjektiven Rechtszuständigkeit. Das Subjekt des selbständigen Sondervermögens verliert nicht die Parteifähigkeit, aber es ist nicht mehr als die richtige Partei anzusehen."⁴³⁶

⁴³⁴ Vgl. etwa die Zusammenstellung bei Meier-Hayoz, Syst. Teil N. 156 S. 79.

⁴³⁵ Auf eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Stellung der verschiedenen güterrechtlichen Massen muss verzichtet werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass m.E. die Zuerkennung von beschränkter Rechts- und Parteifähigkeit an die güterrechtlichen Sondervermögen ein brauchbares und von Widersprüchen freies Lösungsmodell darstellt.

⁴³⁶ Hellwig S. 244.

14.2.2 Im besonderen

14.2.2.1 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit des Nachlasses

(A) BESCHRÄNKTE RECHTSFÄHIGKEIT DES NACHLASSES

Die Rechtspersönlichkeit - auch eine nur eingeschränkte - wird überwiegend abgelehnt.⁴³⁷ Das überrascht angesichts der noch ungebrochenen Herrschaft der dualistischen Lehre nicht. In der Schweiz hat sich Spinner⁴³⁸ für die beschränkte Rechtsfähigkeit des Nachlasses und für die Anerkennung des Nachlasses als Teilrechtssubjekt verwendet. Seiner Meinung nach beschlägt der traditionelle Begriff der juristischen Person aus der ganzen Reihe juristischer Personen nur den höchsten Grad.⁴³⁹ Er setzt sich daher für die Relativierung des Begriffes der juristischen Person ein und spricht sich für die Anerkennung von juristischen Personen 2. Ordnung aus. Unter diesen Begriff stuft er auch den Nachlass ein.⁴⁴⁰ Spinner⁴⁴¹ betrachtet dabei als eine wichtige Voraussetzung der Personifikation des Nachlasses den Bestand einer Organisation. M.E. ist entgegen der Meinung von Spinner der Nachlass nicht nur in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung (ZGB Art. 517, 554, 595, 602 Abs. 3) organisiert, sondern ebenfalls, wenn auch in geringerem Masse dann, wenn die Gesamthand "Erbengemeinschaft" über den Nachlass verfügen kann. So oder so liegt immer ein Sondervermögen vor, sei es das Sondervermögen "gesetzlich vertretener Nachlass" oder das Sondervermögen der Gesamthand "Erbengemeinschaft". Letztlich geht es um die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit desselben Personen-Vermögenskomplexes.

⁴³⁷ Spinner S. 40 mit Hinweisen auf die Vertreter der h. L.

⁴³⁸ Spinner S. 59.

⁴³⁹ Spinner S. 54.

⁴⁴⁰ Spinner S. 59.

⁴⁴¹ Spinner S. 68f.

(B) BESCHRÄNKTE PARTEIFÄHIGKEIT DES NACHLASSES

Parallel zur Zuerkennung einer beschränkten Rechtsfähigkeit ist dem Nachlass auch eine beschränkte Parteifähigkeit zuzusprechen. Walder⁴⁴² und Vogel⁴⁴³ sprechen nur von der Parteifähigkeit des Erbschaftsvermögens bei der amtlichen Nachlassliquidation. Beide sprechen in diesem Zusammenhang von einem "losgelösten Vermögenskomplex sui generis". Diese Beschränkung der Zuerkennung der Parteifähigkeit auf die Erbschaft in amtlicher Liquidation hat aber Spinner⁴⁴⁴ zu Recht als unzutreffend dargestellt. Das Bundesgericht hat sich in BGE 102 II 387 "weitgehend" zugunsten der Ansicht Spinners ausgesprochen und dem Nachlass in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung Parteifähigkeit zuerkannt. Zu beachten ist dabei aber die unklare Äusserung des Bundesgerichts, wonach die Auffassung Spinners "weitgehend der bundesgerichtlichen Rechtssprechung entspricht". Den notwendigen Zusammenhang zwischen der Parteifähigkeit und der Rechtsfähigkeit hat das Bundesgericht dabei im Gegensatz zu Spinner⁴⁴⁵ ausserachtgelassen, bezeichnet es doch die Zuerkennung der Parteifähigkeit an eine gesetzlich vertretene Erbschaft lediglich als "Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Erbschaft mangels Rechtspersönlichkeit nicht parteifähig ist".⁴⁴⁶

Die Behauptung des Bundesgerichts in BGE 102 II 387, wonach die Auffassung Spinners weitgehend der bundesgerichtlichen Rechtssprechung entspricht, ist ferner noch in einer anderen Hinsicht zu pauschal und trifft nicht vollends zu: Zwar hat das Bundesgericht bereits in BGE 47 III 11 - im Falle einer Erbschaft in amtlicher Liquidation - "das Erbschaftsvermögen als ein vom Vermögen der Erben abgesondertes Son-

⁴⁴² Walder § 8 Rz 3.

⁴⁴³ Vogel S. 85 N. 5ff.

⁴⁴⁴ Spinner S. 81.

⁴⁴⁵ Spinner S. 81.

⁴⁴⁶ BGE 102 II 387.

dervermögen, das mit dem im Konkurs zu verwertenden Massevermögen und mit dem im Nachlassvertrag par abandon de l'activ an die Gläubiger zur Liquidation abgetreten Vermögen auf gleiche Linie gestellt werden muss" bezeichnet und ein solches Sondervermögen für aktiv und passiv prozessfähig (recte parteifähig) erklärt. Die Ansicht des Bundesgerichts ging aber bis anhin⁴⁴⁷ in Uebereinstimmung mit Walder⁴⁴⁸ und Vogel⁴⁴⁹ dahin, dass das Erbschaftsvermögen nur im Falle der amtlichen (oder konkursamtlichen) Liquidation parteifähig sei. Dies wird u. a. aufgrund von BGE 94 II 141ff deutlich, wo es heisst: "Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichts ist der Willensvollstrecker in Prozessen um Aktiven und Passiven der Erbschaft Partei, soweit ihm gemäss Art. 518 ZGB die Verwaltung der betreffenden Erbschaftswerte zusteht."⁴⁵⁰ Das Bundesgericht hat sich somit in diesem Entscheid bezüglich des Willensvollstreckers und des amtlichen Erbschaftsverwalters klar zugunsten der Parteitheorie ausgesprochen. Andererseits sei die Erbschaft als solche nicht parteifähig, führt das Bundesgericht in BGE 94 II 143 weiter aus, da das schweizerische Recht keine "ruhende Erbschaft" mit eigener Rechtspersönlichkeit kenne.

Vor diesem Hintergrund scheint BGE 102 II 385ff eine im Vergleich zur bisherigen Rechtssprechung weitergehende Zuerkennung der Parteifähigkeit an das Erbschaftsvermögen zu bringen: Das Bundesgericht hat sich zwar nicht expressis verbis aber doch tendenziell auch zugunsten einer Zuerkennung von Parteifähigkeit an das Erbschaftsvermögen in den

⁴⁴⁷ Vor BGE 102 II 387.

⁴⁴⁸ Walder § 8 Rz 3.

⁴⁴⁹ Vogel S. 85 N. 5ff.

⁴⁵⁰ BGE 94 II 142; vgl. ferner BGE 79 II 113 E. 2: "Der amtliche Erbschaftsverwalter ist in Angelegenheiten der Erbschaft parteifähig." Vgl. schliesslich BGE 53 II 208, wonach ein Vertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB auf die gleiche Linie zu stellen sei wie ein Willensvollstrecker oder Erbschaftsverwalter und daher wie zu Prozessen für bzw. gegen die Erben so auch zu Betreibungen für und gegen sie aktiv und passiv legitimiert sei.

übrigen Fällen der gesetzlichen Vertretung des Nachlasses - nicht nur im Falle der Erbschaft in amtlicher Liquidation - ausgesprochen. Dies ist zu begrüssen. Die Zuerkennung beschränkter Parteifähigkeit an den Nachlass in allen Fällen seiner gesetzlichen Vertretung vermag auch diejenigen Fälle mit dem Zweiparteiensystem in Einklang zu bringen, in denen der gesetzliche Vertreter auf dem Prozessweg gegen einzelne Erben vorgehen muss.⁴⁵¹

Das Bundesgericht ist in BGE 102 II 385ff ferner weitergegangen als Spinner: Wenn laut Gesetz (Art. 49 SchKG) eine unverteilte Erbschaft betrieben oder gegen sie provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne, müsse ihr auch die Möglichkeit offenstehen, die Forderung im eigenen Namen aberkennen zu lassen. Beide kantonalen Instanzen hätten überzeugend dargetan, dass die Erbschaft als solche im Aberkennungsprozess parteifähig und ihre Vertretung durch einen einzelnen zulässig sein müsse. Zum mindesten müsse einem einzelnen Erben das Recht zugestanden werden, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen der Erbengemeinschaft oder der Erbschaft eine Aberkennungsklage einzureichen, wie dies das Bundesgericht in BGE 58 II 195 bezüglich der Widerspruchsklage entschieden habe.⁴⁵²

Wie sind nun diese Aeusserungen des Bundesgerichts zu verstehen? Sollen sie bedeuten, dass ein unverteilter Nachlass immer, wenn er betrieben wird, also auch, wenn keine gesetzliche Vertretung des Nachlasses i. S. von Art. 517, 554, 595, 602 Abs. 3 ZGB vorliegt, beschränkt parteifähig ist? Wie ist die Formulierung zu verstehen, wonach ein einzelner Erbe sei es im Namen der Erbengemeinschaft oder im Namen der Erbschaft Aberkennungsklage einreichen könne? M.E. sind

⁴⁵¹ In BGE 53 II 208/209 hat das Bundesgericht sich zugunsten der Parteitheorie ausgesprochen und dies u. a. damit begründet, dass diese Theorie das Problem der Insichprozesse befriedigend lösen kann. Wir lehnen die Amtstheorie ab und betonen, dass die Organtheorie das gleiche zu leisten vermag.

⁴⁵² BGE 102 II 388.

diese Aeusserungen des Bundesgerichts dahin zu verstehen, dass als Partei - als parteifähiges Prozesssubjekt - in den Fällen der gesetzlichen Vertretung (Art. 517, 554, 595, 602 III ZGB) der Nachlass anzusehen ist. Wird hingegen auf dem Betreibungswege gegen einen unverteilen und nicht gesetzlich vertretenen Nachlass vorgegangen, über den die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand Verfügungsberechtigt ist, so ist in einem allfälligen Aberkennungsprozess Klägerin die Erbengemeinschaft am betreffenden Nachlass. Wie weiter hinten auszuführen sein wird⁴⁵³, liegt ungeachtet dessen, ob der Nachlass gesetzlich vertreten ist oder nicht, immer derselbe eigenartige Personen-Vermögenskomplex (Erbengemeinschaft-unverteilter Nachlass-ev. gesetzlicher Erbenvertreter) vor, welcher als Einheit und als parteifähiges Prozesssubjekt zu betrachten ist. Die Ausführungen werden in der vorliegenden Arbeit insgesamt darauf hinauslaufen, dass dem Personen-Vermögenskomplex (Erbschaft-Erbengemeinschaft- ev. gesetzlicher Erbenvertreter) sowohl beschränkte aktive als auch beschränkte passive Parteifähigkeit zuzuerkennen ist.

14.2.2.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Vorstiftung und der nichtigen Stiftung

(A) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT DER VORSTIFTUNG

Die Rechtsstellung der gemäss Art. 52 Abs. 1 ZGB eintragungspflichtigen Stiftung vor diesem Eintrag in das Handelsregister ist umstritten. Während nach der Meinung des Bundesgerichts⁴⁵⁴ sowie u.

⁴⁵³ Vgl. unter 15.2.1.2 (b) hiernach.

⁴⁵⁴ Vgl. BGE 99 II 265f; ferner 103 Ib 8 E. 1, wo es heisst, dass einer Stiftung die Rechts- und damit auch die Partei- und Prozessfähigkeit schon vor ihrer Eintragung unter der Bedingung zuzuerkennen sei, dass sie tatsächlich eingetragen werde. Dies treffe jedenfalls dann zu, wenn es darum gehe, die Eintragung der Stiftung in das Handelsregister zu erwirken.

a. auch nach der Meinung Pedrazzini⁴⁵⁵ einer solchen Vorstiftung, ungeachtet dessen, ob sie durch Verfügung von Todes wegen oder durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden errichtet worden ist, vor dem Eintrag in das Handelsregister die Rechtsstellung eines Nasciturus zukommt, erkennt Riemer nur der durch Verfügungen von Todes wegen begründeten Stiftung nach dem Tode des Stifters⁴⁵⁶ aber vor dem Eintrag in das Handelsregister eine bedingte Rechtsfähigkeit zu.⁴⁵⁷

Da m.E. von der Parallelität zwischen Rechts- und Parteifähigkeit auszugehen ist, ist je nach Standpunkt allen eintragungspflichtigen Vorstiftungen oder nur einem Teil davon schon vor ihrer Eintragung in das Handelsregister eine beschränkte Parteifähigkeit zuzuerkennen oder zu versagen. Ohne auf die vorliegende Kontroverse näher eingehen zu können, sei doch auch in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die rechtliche Inexistenz von faktisch bestehenden und im Rechtsverkehr auftretenden Gebilden (hier Vermögensmassen) unbefriedigende Konsequenzen zeitigen kann.

(B) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT

DER NICHTIGEN STIFTUNG

Wie schon weiter vorne⁴⁵⁸ dargetan worden ist, ist juristischen Personen und hier im besonderen Stiftungen in Prozessen, die die Abklärung ihrer rechtlichen Existenz bzw. Inexistenz zum Gegenstand haben,

⁴⁵⁵ Pedrazzini S. 196.

⁴⁵⁶ Riemer zu Art. 81 ZGB N. 61.

⁴⁵⁷ Riemer zu Art. 81 ZGB N. 77; vgl. ferner die Kritik Riemers an Gutzwillers "Stiftung ohne Rechtspersönlichkeit" (zu Art. 81 ZGB N. 81f).

⁴⁵⁸ Vgl. unter Kapitel IX hiervor.

eine auf die Abklärung ihres Bestehens beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit zuzuerkennen. Es kann an dieser Stelle auf das weiter vorne Ausgeführte⁴⁵⁹ verwiesen werden.⁴⁶⁰

14.2.2.3 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit des Anlagefonds

(A) BESCHRÄNKTE RECHTSFÄHIGKEIT DES ANLAGEFONDS

In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, wonach die Vermögenswerte des Anlagefonds im Alleineigentum der Fondsleitung stehen.⁴⁶¹ Die Fondsleitung wird als fiduziarische Eigentümerin der Sache und Gläubigerin der Forderungen angesehen, die zum Fondsvermögen gehören. Sie verfügt danach über anvertrautes Gut, das wirtschaftlich den Anlegern zugehört.⁴⁶² Es wird dabei auch betont, dass an den Vermögenswerten des Anlagefonds nicht etwa Miteigentum der Anleger bestehe. Amonn⁴⁶³ begründet die Ablehnung des Miteigentums der Anleger damit, dass man nicht mehr blosser Etikette, rein "formales Eigentum" gewollt habe, was nichts anderes als eine sinnlose Aushöhlung des sachenrechtlichen Eigentumsbegriffes bedeute; denn "Miteigentum" ohne Sachherrschaft, ohne Verwaltungsbefugnis, ohne jedes Weisungsrecht und ohne Aufhebungsanspruch des "Miteigentümers" sei kein Eigentum im Rechtssinne. Auch das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass die Fondsleitung Eigentümerin der Vermögenswerte sei und stützt diese Auffassung auf die Entstehungsgeschichte des AFG.⁴⁶⁴ Das Bundesgericht hat in BGE 101 II 158/159 allerdings eingeräumt, es falle freilich auf,

⁴⁵⁹ Vgl. Kapitel IX hiervor.

⁴⁶⁰ Vgl. ferner die auf dieser Linie liegende Rechtssprechung des Bundesgerichts in BGE 73 II 84 sowie 96 II 277/278.

⁴⁶¹ Vgl. etwa Meier-Hayoz Vorbem. zu Art. 646 ZGB - 654 ZGB N. 32.

⁴⁶² Amonn, Kollektivanlagevertrag S. 289.

⁴⁶³ Amonn ebd. S. 298/299.

⁴⁶⁴ BGE 101 II 158.

dass im Gesetz niergends vom Eigentum der Fondsleitung am Anlagefonds die Rede sei. Das sei jedoch damit zu erklären, dass die Verfügungsmacht über das Fondsvermögen vom Gesetz umschrieben und zugleich erheblich eingeschränkt werde. Als Beauftragte der Anleger dürfe die Fondsleitung von ihrem Eigentum am Fonds keinen freien Gebrauch machen, sondern habe ihre Rechte ausschliesslich im Interesse der Anleger auszuüben. Nun wird aber im Falle des Konkurses der Fondsleitung dieser die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Anlagefonds vollkommen entzogen.⁴⁶⁵ Dennoch bleibt sie nach Amonn aber weiterhin Rechtsträgerin. Die Stellung der Fondsleitung sei in diesem Fall mit der Rechtsstellung des Gemeinschuldners im Konkurs zu vergleichen, wo der Gemeinschuldner auch nur das Verfügungsrecht nicht aber die Rechtsträgerschaft über sein Vermögen verliere.⁴⁶⁶ Die vollkommene Absonderung des Fondsvermögens vom Vermögen der Fondsleitung im Falle ihres Konkurses, welche gegenüber der Aussonderung und Subrogation des Auftragsrechtes erweitert ist und das gesamte Fondsvermögen erfasst, rechtfertigt sich nach Amonn ferner deshalb, weil der Anlagefonds ein öffentlich bekanntes und getrennt verwaltetes Sondervermögen darstellt.⁴⁶⁷

M.E. enthält die h. L., welche soeben kurz zusammengefasst zur Darstellung gekommen ist, vielfache Widersprüche. Zumindest ist m.E. die Konstruktion, wonach die Fondsleitung Eigentümerin des Fondsvermögens ist, äusserst fragwürdig. Entgegen der h. L. ist m.E. der Auffassung von Wolf⁴⁶⁸ zu folgen, welcher den Anlagefonds als Ganzes mit Einschränkung als rechtssubjektartiges Rechtsgebilde charakterisiert und

⁴⁶⁵ Amonn, Kollektivanlagevertrag S. 312.

⁴⁶⁶ Amonn, ebd. S. 312 Fn. 4.

⁴⁶⁷ Amonn ebd. S. 300.

⁴⁶⁸ Wolf SJZ 74 (1978) S. 373; Wolf hat dabei auch darauf hingewiesen, dass das Gesetz keinen expliziten Hinweis auf die Rechtsnatur des Anlagefonds als Ganzes enthält.

die Fondsleitung und die Depotbank als Fremdorgane des Anlagefonds bezeichnet hat. Die Betrachtung des Anlagefonds als beschränkt rechtsfähiges Subjekt hat Auswirkungen auf die Beurteilung der prozessualen Stellung des Anlagefonds.

(B) BESCHRÄNKTE PARTEIFÄHIGKEIT DES ANLAGEFONDS

Entsprechend der Würdigung des Anlagefonds als rechtssubjektartiges Rechtsgebilde ist es m.E. die sachgemässeste Lösung, den Anlagefonds vertreten durch die Fondsleitung bzw. - nach Wegfall der Bewilligung - vertreten durch den eingesetzten Sachwalter in einem allfälligen Prozess als parteifähiges Subjekt zu betrachten, wenn den Anlagefonds betreffende Rechte und Pflichten im Streite stehen. Diese Meinung stimmt allerdings nicht mit der rechtlichen Auffassung des Bundesgerichts überein. Da die h. L. die Fondsleitung als Eigentümerin des Anlagefonds betrachtet, bildet das Auftreten der Fondsleitung als Klägerin bzw. Beklagte in Prozessen, in welchen es um die Rechte und Pflichten des Anlagefonds geht, die logische Folge.

Einer eingehenden Begründung bedarf das Bundesgericht für das Auftreten des Sachwalters als Kläger bzw. Beklagter in Prozessen, bei denen es um den Anlagefonds betreffende Rechte und Pflichten geht: In BGE 100 II 63 E. 4 hat sich das Bundesgericht zugunsten der Prozessstandschaft des Sachwalters ausgesprochen und damit einen auf der Linie der Amtstheorie liegenden Entscheid gefällt.⁴⁶⁹ Zu diesem Ergebnis ist das Bundesgericht im betreffenden Entscheid gelangt, obschon es die Ähnlichkeit der Stellung des Sachwalters mit derjenigen des Konkursverwalters⁴⁷⁰, des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters

⁴⁶⁹ Das Bundesgericht spricht vom Auftreten des Sachwalters als Kläger (BGE 100 II 63); vgl. ferner Walder § 9 Rz 5 und Anm. 19.

⁴⁷⁰ Das Bundesgericht geht von der Parteifähigkeit der Konkursmasse aus. Vgl. BGE 41 III 172 E. 3.

in demselben Entscheid betont hat.⁴⁷¹M.E. ist die Konstruktion der Prozessstandschaft mit den Grundlagen des schweizerischen Zivilprozessrechtes unvereinbar⁴⁷² und daher die Rechtssprechung des Bundesgerichts verfehlt. Die Betrachtung des Anlagefonds als rechts- und parteifähiges Subjekt ist m.E. nicht nur theoretisch begründbar sondern führt darüber hinaus auch zu befriedigenden Lösungen: Klagen des Sachwalters gegen die Fondsleitung auf Einwerfung der dem Fonds widerrechtlich entzogenen und vorenthaltenen Vermögenswerte lassen sich m.E. am einfachsten mit dem Zweiparteienprinzip in Einklang bringen, wenn man als eine Partei den Anlagefonds vertreten durch den Sachwalter und als andere Partei die Fondsleitung betrachtet.

⁴⁷¹ Vgl. BGE 100 II 61; auch Amonn (Kollektivanlagervertrag S. 312) vergleicht die Stellung des Sachwalters mit derjenigen der Konkursverwaltung und des Willensvollstreckers; vgl. ferner die Einordnung des Anlagefonds unter die wichtigsten Fälle gesetzlicher Verfügungsmacht über Drittrechte bei Holenstein (S.66f).

⁴⁷² Gl. M. Spinner S. 30.

Kapitel XV
BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT VON
PERSONENGEMEINSCHAFTEN OHNE
RECHTSPERSÖNLICHKEIT

15.1 Erscheinungen im Gebiet des öffentlichen Rechts

15.1.1 Erscheinungen im Gebiet des öffentlichen Rechts i. e. S.

473

Vorauszuschicken ist, dass auf die zivilprozessuale Stellung von öffentlich-rechtlichen Personenmehrheiten ohne juristische Persönlichkeit im Rahmen dieser Arbeit nur marginal und in keiner Weise abschliessend eingegangen werden kann.

Knapp⁴⁷⁴ hat darauf hingewiesen, dass öffentlichen Kommissionen und Ausschüssen in der Regel keine juristische Persönlichkeit zukommt. Falls aufgrund des öffentlichen Rechts solchen Kommissionen und Ausschüssen nicht in einer Bestimmung ausdrücklich Parteifähigkeit verliehen wird, haben die betreffenden öffentlich-rechtlichen juristischen Personen, in dessen Dienst die Kommissionen und Ausschüsse stehen, im Zivilprozess als Kläger bzw. Beklagte aufzutreten.

Knapp hat im weiteren die Auffassung vertreten, öffentlich-rechtlichen Körperschaften komme per definitionem Rechtspersönlichkeit zu.⁴⁷⁵ Insoweit sich eine öffentlich-rechtliche Personenmehrheit als

⁴⁷³ Mit öffentlichen Recht i. e. S. sind in der vorliegenden Arbeit insbes. das Staats-, Verwaltungs- und das Sozialversicherungsrecht gemeint, während das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nur als öffentliches Recht i. w. S. aufgefasst wird.

⁴⁷⁴ Knapp Nr. 1395.

⁴⁷⁵ Knapp Nr. 1395.

öffentlich-rechtliche Körperschaft charakterisieren lässt, bestehen, wenn man dieser Meinung folgt, bezüglich der Frage der Parteifähigkeit keine Schwierigkeiten.

Aber auch im weiteren Umfeld der öffentlich-rechtlichen Körperschaften gibt es Gebilde, deren rechtliche Charakterisierung Schwierigkeiten bereiten kann. Als Beispiel mag in diesem Zusammenhang die Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren dienen, welche nach Imboden/Rhinow⁴⁷⁶ eine Körperschaft sui generis darstellt, die sich mit keiner anderen gleichsetzen lässt. Es wäre wünschbar, dass die Rechtsnatur solcher im Grenzbereich liegender Gebilde vermehrt genauer abgeklärt würde. Einstweilen können auch im Bereich der öffentlich-rechtlichen Personenmehrheiten, die nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaften aufgefasst werden, die Ausführungen Binders⁴⁷⁷ als Richtlinie dienen, wonach die Rechtspersönlichkeit einer öffentlich-rechtlichen Institution auch mittelbar aus dem Gesetz entnommen werden kann⁴⁷⁸, wenn deren funktionale Selbständigkeit so weit fortgeschritten ist, dass auch deren Beleihung mit Rechtspersönlichkeit abgeleitet werden muss.

15.1.2 Die Gläubigergemeinschaft im Konkurs

Abschliessend wird noch kurz auf die Rechtsnatur der Gläubigergemeinschaft im Konkurs⁴⁷⁹ eingegangen. Während das gemeine Recht im Falle des Konkurses einen Uebergang des Schuldnervermögens auf die Gläubiger sah⁴⁸⁰, ist gemäss der heute h. L. der Gemeinschuldner auch

⁴⁷⁶ Imboden/Rhinow Nr. 137 S. 1016.

⁴⁷⁷ Binder S. 31.

⁴⁷⁸ Binder unterscheidet zwischen der ausdrücklichen (S. 126ff) und der impliziten (130ff) Beleihung mit Privatrechtsfähigkeit.

⁴⁷⁹ Die Gesamtheit der Konkursgläubiger ist nicht zu verwechseln mit den Gläubigerversammlungen im Konkurs, vgl. Martz SJK 1004 S. 1.

⁴⁸⁰ Amonn, Grundriss § 35 N. 4.

nach der Konkurseröffnung weiterhin Rechtsträger aller seiner Vermögensrechte.⁴⁸¹ M.E. ist dagegen die Gläubigergemeinschaft im Konkurs und die an die Gläubiger zu verteilende Konkursmasse als Personen-Vermögenskomplex, dem partielle Rechtspersönlichkeit zukommt, zu betrachten.⁴⁸²

15.2 Teilrechtsfähige und partiell parteifähige Personengemeinschaften des Privatrechts

15.2.1 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Rechtsgemeinschaften

15.2.1.1 Im allgemeinen

(A) BESCHRÄNKTE RECHTSFÄHIGKEIT DER RECHTSGEMEINSCHAFTEN

Meier-Hayoz/Forstmoser⁴⁸³ ordnen die Miteigentümergeinschaft und die Gemeinschaft zur gesamten Hand unter den Oberbegriff "Rechtsgemeinschaft" ein. Diese begriffliche Einordnung betont das Gemeinsame dieser beiden Rechtsinstitute. Sowohl bei der Miteigentümergeinschaft wie auch bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand liegt gemeinschaftliches Eigentum vor. Es bestehen keine Unterschiede hinsichtlich der Eigentumszuständigkeit.⁴⁸⁴ Diese einheitliche Zusammenfassung der beiden Gemeinschaftsarten unter den Oberbegriff Rechtsgemeinschaft erscheint überdies auch deshalb gerechtfertigt und sinnvoll, weil beide Prinzipien,

⁴⁸¹ Vgl. etwa Amonn, Grundriss § 35 N. 4.

⁴⁸² Gl. M. Brand SJK 999 S. 13: "Die Konkursmasse, gleichviel ob sie als Gesamtheit des zugunsten der Konkursgläubiger zu verwertenden Vermögens oder des Erlöses des Vollstreckungsverfahrens oder als Gemeinschaft der Konkursgläubiger in Erscheinung tritt, bildet ein Rechtssubjekt. Sie ist ein Rechtssubjekt sui generis, das vom Gesetz zum Zwecke geschaffen worden ist, die Verwertung der Exekutionsobjekte zugunsten der Gläubiger oder die gerechte Verteilung des Erlöses durchzuführen.

⁴⁸³ Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 46.

⁴⁸⁴ Meier-Hayoz Vorbem. zu Art. 646 - 654 ZGB N. 15.

dasjenige der bruchteilsmässigen wie dasjenige der gesamthändigen Rechtsausübung, im positiven Recht nicht in theoretischer Reinheit verwirklicht sind: "Auch in der grundsätzlich individualistischen Miteigentumsordnung gibt es weite Bereiche unteilbarer Rechtsausübung und in der kollektivistischen Gesamteigentumsordnung fehlt es nicht an ausnahmsweiser Gewährung individualistischer Rechtsbetätigung."⁴⁸⁵

Nach der h. L. sind die einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft zur gesamten Hand bzw. der Miteigentümergeinschaft als Rechtsträger bezüglich der sich im gemeinschaftlichen Eigentum aller befindenden Vermögensgegenstände anzusehen.⁴⁸⁶ Der Rechtsgemeinschaft spricht die h. L. die Rechtsfähigkeit völlig ab. Fabricius hat sich dagegen für die Einheitszuständigkeit der Rechtsgemeinschaften ausgesprochen.⁴⁸⁷ Er hat dabei der Gemeinschaft zur gesamten Hand eine zweckbezogene kollektive Rechtsfähigkeit zuerkannt und bezüglich der Bruchteilsgemeinschaft von einer gegenstandsbezogenen Rechtsfähigkeit gesprochen.⁴⁸⁸ Im weiteren ist Hennecke⁴⁸⁹ ein Vertreter der gesamthänderischen Rechtssubjektivität und Rechtsträgerschaft. Im schweizerischen Schrifttum hat sich u. a. Mengiardi⁴⁹⁰ für die Teilrechtsfähigkeit der Rechtsgemeinschaften ausgesprochen. Auf die nur graduellen Unterschiede zwischen den Personenverbindungen hat ferner Liver⁴⁹¹ hingewiesen: "Diese Personenverbindungen stehen in einer Stufenfolge, die von der

⁴⁸⁵ Meier-Hayoz Vorbem. zu Art. 646 - 654 ZGB N. 14.

⁴⁸⁶ Statt vieler Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 45.

⁴⁸⁷ Fabricius S. 139.

⁴⁸⁸ Fabricius S. 145.

⁴⁸⁹ Hennecke S. 73; seiner Meinung nach fehlt jedoch bei der Bruchteilsgemeinschaft eine gemeinschaftliche Rechtssubjektivität (S. 70f).

⁴⁹⁰ Mengiardi S. 45.

⁴⁹¹ Liver ZBJV 100 (1964) S. 261ff; s. ferner Neubecker zit. in Hanisch S. 86: "Gesamthänderische und körperschaftliche Strukturen sind Grade und Stufen der Organisation mit allmählichen Uebergängen."

Miteigentumsgemeinschaft über die Gesamthandsverhältnisse des ZGB und die Gesellschaften des OR ohne Rechtspersönlichkeit zu den juristischen Personen aufsteigt."

M.E. ist der Gemeinschaft zur gesamten Hand und überdies der Bruchteilsgemeinschaft, soweit auch bei der letzteren eine Ausübungsgemeinschaft besteht⁴⁹², eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuzuerkennen. Insofern den Mitgliedern von Gesamthandsgemeinschaften und Bruchteilsgemeinschaften m. a. W. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse hinsichtlich der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Rechte nur allen gemeinsam zukommen, sind die betreffenden Rechte als der Gemeinschaft zugeordnet zu betrachten. Die h. L. vollführt m.E. bei der Umschreibung der Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand einen schwierigen Balanceakt und verfällt überdies einer mittelalterlich anmutenden Mystik, wenn sie in der heutigen Zeit die Gesamthandschaft als Zwittergebilde zwischen Einheit und Vielheit in der Schwebe lassen zu können glaubt.

(B) BESCHRÄNKTE PARTEIFÄHIGKEIT DER RECHTSGEMEINSCHAFTEN

Parallel zu der den Rechtsgemeinschaften zuzusprechenden beschränkten kollektiven Rechtsfähigkeit ist ihnen auch eine beschränkte kollektive Parteifähigkeit⁴⁹³ zuzuerkennen. Diese Auffassung steht aber im Gegensatz zur h. L. und Rechtssprechung, welche sowohl den

⁴⁹² Vgl. Hennecke S. 70 Fn. 19; Fabricius S. 145 Fn. 1; ferner etwa Art. 648 Abs. 2 ZGB sowie Pra 71 Nr. 128: Nach diesem Entscheid kommt die Aktivlegitimation zur Klage auf Begründung dinglicher Rechte zum Vorteil eines im Miteigentum stehenden Grundstückes nur allen Miteigentümern gemeinsam - m.E. also der Miteigentümergeinschaft als solcher - zu.

⁴⁹³ Vgl. zum Ausdruck "kollektive Parteifähigkeit" Fabricius S. 146; vgl. ferner zur kollektiven Parteifähigkeit der notwendigen Streitgenossenschaft unter 7.1.2 hiervor.

Gemeinschaften zur gesamten Hand⁴⁹⁴ als auch der Miteigentümergeinschaft⁴⁹⁵ die Parteifähigkeit völlig abspricht. Abgesehen davon, dass sich die Zuerkennung einer partiellen Rechts- und Parteifähigkeit an die Rechtsgemeinschaften theoretisch begründen lässt⁴⁹⁶, bietet diese Lösung in der Gerichtspraxis im Vergleich zur h. L. erhebliche Vorteile. Bei grossen Miteigentümergeinschaften und Gemeinschaften zur gesamten Hand erweist sich das einzelne Aufführen aller Mitglieder in der Klageschrift als undurchführbar. Die Zulassung von Sammelbezeichnungen, welche sich der h. L. als Abhilfe anbietet, läuft aber auf die Zuerkennung einer Parteifähigkeit unter einem anderen Namen heraus.⁴⁹⁷

Unter den Bestimmungen über die Miteigentümergeinschaft (Art. 646ff ZGB) und auch unter den allgemeinen Normen zur Gesamthandsgemeinschaft (Art. 652 - 654 ZGB) fehlt eine Vorschrift mit dem Inhalt, dass diese Gemeinschaften unter ihrem Namen klagen und beklagt werden können, wie dies etwa bei der Stockwerkeigentümergeinschaft in Art. 712l Abs. 2 ZGB und bei der Kollektivgesellschaft in Art. 562 OR vorgesehen ist. In ZR 81 Nr. 134⁴⁹⁸ wird daher die Ansicht vertreten, es handle sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes. Es gehe nicht an, im Wege der Gesetzesauslegung oder der Lückenfüllung bei den Miteigentümergeinschaften eine analoge Regelung wie für die Stockwerkeigentümergeinschaft einzuführen. Dies gehe zum mindesten so lange nicht an, als nicht für die Gesamthandsverhältnisse, bei welchen das Fehlen der Parteifähigkeit viel eher zu Schwierigkeiten führe, eine analoge Regelung für notwendig erachtet werde. Der Gesetzgeber hat

⁴⁹⁴ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 3; Vogel § 22 N. 13; ZR 81 Nr. 26:

⁴⁹⁵ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2; Vogel § 22 N. 15; ZR 81 Nr. 134.

⁴⁹⁶ Vgl. dazu Fabricius S. 118ff; ferner Buchda zit. in Fabricius S. 131/132.

⁴⁹⁷ Vgl. Kapitel V hiervor.

⁴⁹⁸ ZR 81 Nr. 134 S. 316.

aber in Art. 712I Abs. 2 ZGB und in Art. 562 OR nicht mit der wünschbaren Deutlichkeit kundgetan, ob er der Stockwerkeigentümergeinschaft und der Kollektivgesellschaft tatsächlich Parteifähigkeit zugesprochen hat oder ob er damit lediglich eine erleichterte Parteibezeichnung gemeint hat. Deshalb ist es bezüglich der Parteifähigkeit dieser beiden Gemeinschaften auch zu sich widersprechenden Meinungen in der Lehre und Rechtssprechung gekommen.⁴⁹⁹ Aus diesem Grunde sollte m.E. aus dem Vorhandensein bzw. Fehlen einer solchen Bestimmung nicht zu viel gefolgert werden. M.E. steht die Zuerkennung einer beschränkten kollektiven Parteifähigkeit an die Rechtsgemeinschaften entgegen der in ZR 81 Nr. 134 vertretenen Meinung mit dem geltenden Recht nicht in Widerspruch.

Im folgenden kann nicht auf sämtliche vom Gesetzgeber vorgesehene Arten von Gesamthandsgemeinschaften im einzelnen eingegangen werden. Bezüglich der allgemeinen Gütergemeinschaft, der fortgesetzten Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Gemeinderschaft muss es bei diesen allgemeinen Ausführungen zu der Parteifähigkeit der Gemeinschaft zur gesamten Hand sein Bewenden haben. Auf die Erbengemeinschaft, die einfache Gesellschaft sowie die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wird dagegen noch im einzelnen eingegangen.⁵⁰⁰ Vorerst ist aber noch die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit einer speziellen Art von Miteigentümergeinschaft, der Stockwerkeigentümergeinschaft, zu erörtern.⁵⁰¹ Die Reihenfolge der Behandlung der einzelnen Personenverbindungen ist dabei nicht zufällig. Ein Vergleich der zu erörternden Personenverbindungen lässt eine Stufenfolge erkennen, je nach dem Umfang der zuzuerkennenden Teilrechts- und Teilparteifähigkeit. Die Teilrechts- bzw. -parteifähigkeit nimmt dabei

⁴⁹⁹ Vgl. unter 15.2.1.2(a) und (e) hiernach.

⁵⁰⁰ Vgl. unter 15.2.1.2(b), (c) und (e) hiernach.

⁵⁰¹ Vgl. unter 15.2.1.2 (a) hiernach.

von der Stockwerkeigentümergeinschaft bis zur Kollektiv- und Kommanditgesellschaft graduell zu.⁵⁰²

**15.2.1.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von bestimmten
Rechtsgemeinschaftstypen im besonderen**

**(A) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT
DER STOCKWERKEIGENTÜMERGEMEINSCHAFT**

(aa) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist zu den Rechtsgemeinschaften zu rechnen. Als solche zeichnet sich auch die Stockwerkeigentümergeinschaft nach der h. L. durch die mehrfache Zugehörigkeit der Rechte und Pflichten sowie durch das Fehlen einer eigenen Rechtspersönlichkeit aus.⁵⁰³ Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer wird von der h. L. aufgrund von Art. 712I ZGB zwar als handlungs- nicht aber als rechtsfähig betrachtet.⁵⁰⁴ Die h. L. stützt sich dabei auf das Marginale von Art. 712I ZGB "III. Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft".⁵⁰⁵ Ungeachtet dessen, ob sich eine Stockwerkeigentümergeinschaft aufgrund des Zustandekommens von Mehrheitsbeschlüssen in der Versammlung der Stockwerkeigentümer als nach aussen hin aktionsfähig erweist oder ob eine Pattsituation die Versammlung der Stockwerkeigentümer und damit die Stockwerkeigentümergeinschaft insgesamt in ihrem Handlungsvermögen lahmlegt - gedacht wird dabei etwa daran, dass nicht einmal ein

⁵⁰² Vgl. bezüglich der zweckgebundenen Rechts- und Parteifähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft und der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Weber SJZ 75 S. 119: "Im Vergleich zur Kollektivgesellschaft hat diese (gemeint ist die Stockwerkeigentümergeinschaft) einen relativ beschränkten gesetzlichen Zweck."

⁵⁰³ Vgl. Weber SJZ (1979) S. 117.

⁵⁰⁴ Liver S. 106ff; Frei S. 30; Weber SJZ 75 S. 118.

⁵⁰⁵ Vgl. dazu Frei S. 28.

Vorstand gewählt werden kann - erweist sich aufgrund der h. L. die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer von Gesetzes wegen als handlungsfähig. Damit sollte das Begriffskonzept der h. L. ad absurdum geführt werden. In der vorliegenden Arbeit wird von einem von der h. L. abweichenden Verständnis hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Rechts- und dem Handlungsfähigkeitstbegriff ausgegangen.⁵⁰⁶

Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist eine spezielle Art der Miteigentümergeinschaft (vgl. Art. 712a Abs. 1 ZGB): M.E. ist auch der Bruchteilsgemeinschaft, soweit bei ihr eine Ausübungsgemeinschaft⁵⁰⁷ besteht, eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuzuerkennen.⁵⁰⁸ Im Vergleich zur schlichten Miteigentümergeinschaft weist aber die Stockwerkeigentümergeinschaft vermehrt körperschaftliche Elemente auf.⁵⁰⁹ Es sollte demgemäss der Stockwerkeigentümergeinschaft eine im Vergleich zur schlichten Miteigentümergeinschaft umfassendere Teilrechtsfähigkeit zuerkannt werden. M.E. sollte die Stockwerkeigentümergeinschaft insoweit als Teilrechtssubjekt betrachtet werden, als sich dies im Interesse aller Stockwerkeigentümer an der gemeinschaftlichen Sache erweist.⁵¹⁰ Mit unserer Auffassung stehen wir dabei in der Schweiz nicht völlig allein da. Auch Küchler⁵¹¹ hat die Meinung vertreten, dass unsere Rechtsordnung verschiedene Fälle beschränkter Rechtsfähigkeit kennt. Er hat dabei u. a. die

⁵⁰⁶ Vgl. unter 3.2 hiavor.

⁵⁰⁷ Erwähnt sei an dieser Stelle, dass über die gesamte im Miteigentum stehende Sache die Miteigentümer nur gemeinsam verfügen können.

⁵⁰⁸ Vgl. unter 15.2.1.1(a) hiavor.

⁵⁰⁹ Vgl. dazu etwa Weber SJZ 75 S. 118.

⁵¹⁰ Vgl. dazu Weber ebd. S. 123: "Sofern gemeinsame Interessen auf dem Spiele stehen und sich die umstrittene Frage auf das Stockwerkeigentumsverhältnis bezieht, muss der Stockwerkeigentümergeinschaft auch im Rahmen der Verfügungen die Handlungsfähigkeit (Vermögensfähigkeit und Prozessfähigkeit) zuerkannt werden."

⁵¹¹ Küchler S. 239.

Stockwerkeigentümergeinschaft genannt.

(ab) Beschränkte Parteifähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

Der beschränkten Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft entspricht ihre beschränkte Parteifähigkeit. Weber⁵¹² hat den Umfang der einer Stockwerkeigentümergeinschaft zuzuerkennenden Parteifähigkeit - allerdings unter dem Titel "Prozessfähigkeit"⁵¹³ - eingehend dargestellt. So hat er sich auch dafür ausgesprochen, dass die Gemeinschaft in die Lage versetzt werden müsse, Gewährleistungsansprüche durchfechten zu können.⁵¹⁴ Ihm kann mit dem grundsätzlichen Vorbehalt, dass es nicht um die Prozessfähigkeit sondern um die Parteifähigkeit geht, beige pflichtet werden.

Weber hat ferner ausgeführt, dass nicht die Gemeinschaft sondern alle Stockwerkeigentümer gemeinsam aktivlegitimiert seien, wenn das Ausschlussverfahren gegen einen einzelnen Stockwerkeigentümer angestrengt werde⁵¹⁵ sowie wonach nicht die Gemeinschaft sondern alle Stockwerkeigentümer gemeinsam als notwendige Streitgenossen bei einem Begehren um Auflösung des Stockwerkeigentums passivlegitimiert seien.⁵¹⁶ Dieser Auffassung kann m.E. nicht zugestimmt werden. M.E. steht in den betreffenden Prozessen immer die Gemeinschaft als kollektiv parteifähige Gesamtpartei einem (oder mehreren) Mitglied(ern) gegenüber ⁵¹⁷

⁵¹² Weber ebd. S. 120.

⁵¹³ Da er die Stockwerkeigentümergeinschaft nur als handlungs- nicht aber als rechtsfähig erachtet, ordnet er das Auftreten der Stockwerkeigentümergeinschaft als Klägerin bzw. als Beklagte unter den Begriff der Prozessfähigkeit ein.

⁵¹⁴ Weber ebd. S. 125.

⁵¹⁵ Weber ebd. S. 120 Fn. 33.

⁵¹⁶ Weber ebd. S. 121.

⁵¹⁷ Vgl. hierzu auch BGE 108 II 79b: Ein Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft klagt gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft auf Anfechtung eines Beschlusses der Versammlung der Stockwerkeigentümer; ferner: ZR 84 (1985) Nr. 85: Die Stockwerkeigentümergeinschaft klagt gegen ihr Mitglied Y-AG wegen

Die h. L. und die Rechtssprechung des Bundesgerichts⁵¹⁸ ist Weber bei der Einstufung des selbständigen Auftretens der Stockwerkeigentümergeinschaft vor Gericht unter den Begriff der Prozessfähigkeit nicht gefolgt. Nach Sträuli/Messmer⁵¹⁹ ist die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer aufgrund von Art. 712I Abs. 1 ZGB im Rahmen der ihr obliegenden gemeinschaftlichen Verwaltungsaufgaben parteifähig.⁵²⁰ In Pra 73 Nr. 89 hat sich das Bundesgericht hinsichtlich des umstrittenen Umfangs der Parteifähigkeit⁵²¹ der Stockwerkeigentümergeinschaft dafür ausgesprochen, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft auch für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen als parteifähig anzusehen sei.

M.E ist der Stockwerkeigentümergeinschaft in dem Umfang Parteifähigkeit zuzuerkennen, als sich dies im Interesse aller Stockwerkeigentümer an der gemeinschaftlichen Sache erweist. Es handelt sich dabei auch nicht etwa um das blosse Auftreten der Stockwerkeigentümergeinschaft unter einer Sammelbezeichnung. Die Stockwerkeigentümergeinschaft tritt als eigenständiges rechtliches Gebilde und nicht als blosser Name auf.⁵²²

Die Zivilrechtler leiten aus Art. 712I ZGB die Handlungs- nicht aber die Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft her. Die Zivilprozessrechtler leiten in Uebereinstimmung mit der bundesgerichtli-

Nichteinhaltung des Reglements der Stockwerkeigentümer. Ginge man bei diesen Fällen vom traditionellen Verständnis der Rechtsgemeinschaft aus, dann hätte man es hier mit dem Zweiparteiensystem zuwiderlaufenden und daher verpönten Insichprozessen zu tun.

⁵¹⁸ Vgl. etwa Pra 73 Nr. 89.

⁵¹⁹ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2.

⁵²⁰ Gl. M. Guldener S. 126; Walder § 8 Rz 7; Vogel § 22 N. 8.

⁵²¹ Vgl. die sich in dieser Hinsicht widersprechenden Urteile der 2. und 3. ZK des Zürcher Obergerichts ZR 77 (1978) Nr. 116 und Nr. 117.

⁵²² Gl. M. ZR 77 Nr. 117 S. 264.

chen Rechtssprechung ohne weitere Begründung aus derselben Bestimmung die beschränkte Parteifähigkeit her.⁵²³ Wohl sprechen auch die Zivilrechtler davon, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft gestützt auf Art. 712I ZGB klagen und beklagt werden kann. Sie ordnen dies aber lediglich dem Begriff der Handlungsfähigkeit unter. Ueber die Tragweite von Art. 712I ZGB sind sich die Zivilrechtler und die Zivilprozessrechtler insofern einig, dass der Stockwerkeigentümergeinschaft aus pragmatischen Gründen Parteifähigkeit zuzuerkennen ist, obschon ihr - nach der h. L. - keine Rechtsfähigkeit zukommt. Auch mit dem Hinweis, wonach sich Art. 712I ZGB an Art. 562 und 602 OR anlehnt, können die zwischen der Zivilrechtslehre und der Zivilprozessrechtslehre bestehenden terminologischen Differenzen nicht beseitigt werden.

Eine bessere Koordination zwischen der Zivilrechtslehre und der Zivilprozessrechtslehre bei der Auslegung von Zivilrechtsbestimmungen, welche zivilprozessuale Regelungen beinhalten, ist m.E. wünschenswert. Zur Beseitigung der Uneinigkeit bei der Verwendung der Begriffe wird vorliegend die Zuerkennung der beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit an die Stockwerkeigentümergeinschaft vorgeschlagen. M.E. ist ein solches Verständnis des Art. 712I ZGB - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der systematischen wie auch der teleologischen Auslegung - mit dem geltenden Recht vereinbar.⁵²⁴

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass in Uebereinstimmung mit Art. 712I ZGB die Stockwerkeigentümergeinschaft von der Lehre und Praxis sowohl als aktiv als auch als passiv parteifähig betrachtet wird.

⁵²³ Vgl. etwa Walder § 8 Rz 7.

⁵²⁴ Gl. M. Küchler S. 239; vgl. ferner ZR 77 Nr. 117 S. 264, wo das Auftreten der Stockwerkeigentümergeinschaft als eigenständiges rechtliches Gebilde - nicht nur als blosser Name - behandelt wird.

(B) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT DER ERBENGEMEINSCHAFT

(ba) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft ist aufgrund von Art. 602 Abs. 1 ZGB eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Als solche ist ihr m.E. eine kollektive Rechtsfähigkeit zuzuerkennen.⁵²⁵

Es scheint nun widersprüchlich, sich zum einen für die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit des Nachlasses in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung auszusprechen⁵²⁶ und zum anderen für die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft als Gesamthand einzutreten. Um dieser scheinbaren Widersprüchlichkeit zu begegnen, muss daher an dieser Stelle betont werden, dass es sich eigentlich in beiden Fällen um den gleichen beschränkt rechts- und parteifähigen Personen-Vermögenskomplex handelt, der bei Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters als organisierter und bei dessen Fehlen als in geringerem Masse organisiert erscheint. Weil bei Vorliegen eines gesetzlichen Vertreters die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse der Erbengemeinschaft in den Hintergrund treten oder sogar fehlen, wird vorliegend in diesem Fall von der Rechtsfähigkeit des Nachlasses gesprochen. Der gesetzliche Vertreter ist jedoch eigentlich als Organ des Personen-Vermögenskomplexes "Erbengemeinschaft-Nachlass" insgesamt und nicht nur als Organ der Vermögensmasse zu betrachten. Unter diesem Gesichtspunkt wird m.E. auch die unterschiedliche Praxis des Bundesgerichts verständlich: In BGE 54 II 199ff betrachtet es den amtlichen Erbschaftsverwalter als Vertreter der Erbengemeinschaft, in BGE 79 II 116f als Vertreter des ein Sondervermögen bildenden Nachlasses. Bei Fehlen

⁵²⁵ Gl. M. Fabricius S. 145ff; Hennecke S. 136ff und insbes. S. 138: "Die Gesamthand als Rechtsträger ist unabhängig von dem wechselnden Mitgliederbestand gerade wie die juristische Person."

⁵²⁶ Vgl. unter 14.2.2.1 hiavor.

eines gesetzlichen Vertreters liefert die gemeinschaftliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Erbengemeinschaft über den Nachlass den Grund dafür, in diesen Fällen von der Rechtszuständigkeit der Erbengemeinschaft zu sprechen.

Das Begreifen der Erbengemeinschaft als Rechtssubjekt⁵²⁷ führt im Vergleich zur h. L., welche die einzelnen Erben als Rechtsträger betrachtet, zu einem besseren Verständnis der Probleme, die sich beim Vorliegen von personengleichen Erbengemeinschaften ergeben können. Darauf hat insbesondere Hennecke hingewiesen. Seiner Meinung nach "verlangt die Schuldenordnung im Falle des Vorliegens von personengleichen Erbengemeinschaften eine klare Abgrenzung unterschiedlicher Rechtssubjektivität".⁵²⁸ Die eigene Rechtssubjektivität der Erbengemeinschaft macht auch verständlich, dass zwischen personengleichen Erbengemeinschaften gemeinschaftliche Rechtsbeziehungen möglich sind.⁵²⁹ Zu betonen ist aber noch einmal, dass die Verschiedenheit solcher personengleichen Erbengemeinschaften erst richtig deutlich wird, wenn man sich bewusst ist, dass in Wirklichkeit zwei verschiedene Personen-Vermögenskomplexe vorliegen: Die Erbengemeinschaft X am Nachlass A und die Erbengemeinschaft X am Nachlass B.

(bb) Beschränkte Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft

Vogel⁵³⁰ hat sich explizit gegen die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft ausgesprochen. Auch Walder ist der Ansicht, dass das Zivilprozessrecht nur die einzelnen Erben als Parteien kennt.⁵³¹ Trotz

⁵²⁷ Genauer des Personen-Vermögenskomplexes "Erbengemeinschaft-Nachlass" unter der pauschalen Bezeichnung Erbengemeinschaft.

⁵²⁸ Hennecke S. 136; im schweizerischen Schrifttum hat Spinner (S. 23) darauf hingewiesen, dass sich ein direkter Zugriff der Erbschaftsgläubiger auf die Erbschaft als angestammter Haftungsgrundlage in gewissen Fällen als wünschenswert erweisen würde.

⁵²⁹ Hennecke S. 136.

⁵³⁰ Vogel § 22 N. 13.

Art. 49 SchKG, aus welchem die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft im Zusammenhang mit Betreibungen hervorgeht, hält Walder dafür, dass es ein Leistungsurteil mit Beschränkung seiner Vollstreckbarkeit auf Erbschaftsaktiven nicht gibt.⁵³² Nach den aufgeführten Lehrmeinungen kommt der Erbengemeinschaft somit weder aktive noch passive Parteifähigkeit zu. Bezüglich der Frage der passiven Parteifähigkeit ist das Bundesgericht anderer Meinung: "Wenn laut Gesetz eine unverteilte Erbschaft betrieben oder gegen sie provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, muss ihr auch die Möglichkeit offenstehen, die Forderung im eigenen Namen aberkennen zu lassen."⁵³³ Verliert die unverteilte Erbschaft aber einen Aberkennungsprozess, so kommt es damit zwar nicht zu einem Leistungsurteil mit Beschränkung seiner Vollstreckbarkeit auf die Erbschaftsaktiven, da die Aberkennungsklage eine negative Feststellungsklage ist, aber es führt schlussendlich zum gleichen Ergebnis, zu einer auf den Nachlass beschränkten Vollstreckung. Sträuli/Messmer⁵³⁴ sprechen sich einerseits allgemein gegen die Parteifähigkeit von Gemeinschaften zur gesamten Hand aus, erachten aber ein klageweises Vorgehen der Erbschaftsgläubiger gegen eine unverteilte Erbschaft⁵³⁵ als zulässig.⁵³⁶ Guldener schliesslich spricht von der passiven Parteifähigkeit der unverteilten Erbschaft.⁵³⁷

⁵³¹ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3.

⁵³² Walder § 7 Rz 28; ebenso Nater (S. 65), welcher Art. 49 SchKG als speziell auf das Zwangsvollstreckungsverfahren zugeschnitten erachtet und dessen Geltung auf dieses Verfahren beschränkt sieht.

⁵³³ BGE 102 II 388.

⁵³⁴ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 3.

⁵³⁵ Auch sie differenzieren dabei nicht, ob die unverteilte Erbschaft gesetzlich vertreten ist oder nicht.

⁵³⁶ Sträuli/Messmer § 5 N. 2: "Der Gläubiger ist unter Ausschluss der persönlichen Haftung der Erben auf die Befriedigung der Nachlassaktiven verwiesen."

⁵³⁷ Guldener S. 127/128.

Wir treten sowohl für die beschränkte aktive als auch für die beschränkte passive Parteifähigkeit des Vermögenskomplexes "Erbengemeinschaft-Nachlass" ein. Dabei ist m.E. der Umfang der zuzuerkennenden Rechts- bzw. Parteifähigkeit durch den Liquidationszweck und insbesondere durch die Interessen der am Nachlass Berechtigten bestimmt. Stimmt man dieser Sichtweise zu, so muss in der Folge die zivilprozessuale Stellung dieses Personen-Vermögenskomplexes für erbrechtliche und für nicht erbrechtliche Streitigkeiten gesondert untersucht werden. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann die Problematik nur dargelegt nicht jedoch gelöst werden.

Im Falle der nichterbrechtlichen Streitigkeiten geht es bei den "Aktivprozessen" v. a. darum, dass der Personen-Vermögenskomplex "Erbengemeinschaft-Nachlass" zum Zwecke der Realisierung der Erbschaftsaktiven klageweise gegen seine Schuldner, seien dies nun Dritte oder Miterben, welche gegenüber dem Erblasser Schulden gemacht haben, vorzugehen hat. Gerade für den letzteren Fall, wo seitens einer Erbengemeinschaft gegen einen der Miterben vorgegangen werden muss, ist m.E. die Auffassung der Erbengemeinschaft als kollektive Gesamtpartei allein mit dem Zweiparteiensystem vereinbar. Folgt man nämlich der h. L., welche die einzelnen Erben als Parteien betrachtet, so erscheinen auf Seiten des Klägers und des Beklagten z. T. die gleichen Parteien, und es besteht eine (partielle) Parteienidentität. Das gleiche Problem stellt sich im Falle von Passivprozessen, wenn nicht Dritte sondern Miterben Erbschaftsgläubiger sind und gegen den Personen-Vermögenskomplex "Erbengemeinschaft-Nachlass" zivilprozessual vorgehen wollen.

Bei den erbrechtlichen Prozessen ist die h. L. der Auffassung, dass sich das Zweiparteiensystem als vollkommen untauglich erweist.⁵³⁸ Aber auch hier stellt sich die Frage, ob die erbrechtliche

⁵³⁸ Vgl. dazu die eingehende Erörterung bei Nater S. 90ff.

Auseinandersetzung bei einer Erbengemeinschaft nicht mit den Auseinandersetzungen zu vergleichen ist, welche etwa anlässlich einer gerichtlichen Auflösung einer juristischen Person auftreten, und es stellt sich, falls man diese erste Frage bejaht, noch die weitere Frage, ob nicht für beide Fälle dieselbe zivilprozessuale Lösung getroffen werden könnte.

(C) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT DER EINFACHEN GESELLSCHAFT

(ca) Beschränkte Rechtsfähigkeit der einfachen Gesellschaft

Fabricius⁵³⁹ hält der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine beschränkte, genauer eine auf den Gesellschaftszweck bezogene Rechtsfähigkeit zuerkannt. Hennecke⁵⁴⁰ spricht von der BGB-Gesellschaft als handlungsfähigem Rechts- und Schuldsubjekt. Die Ansicht, wonach der Gemeinschaft Rechtsträgerschaft zukomme, ist nicht neu. Schon Buchda ist für die Behandlung der Gemeinschaft als Rechtssubjekt eingetreten.⁵⁴¹ Diese Lehrmeinung hat sich aber zu keinem Zeitpunkt durchsetzen können. Die h. L. in Deutschland ist vollkommen der dualistischen Lehre verhaftet. Auch die h. L. in der Schweiz spricht der einfachen Gesellschaft, sei sie nun als Gesamthandschaft oder als Bruchteilsgemeinschaft ausgebildet, die Teilrechtsfähigkeit ab.⁵⁴² Im Gegensatz dazu ist m.E. der einfachen Gesellschaft eine auf ihren Zweck begrenzte Teilrechtsfähigkeit zuzuerkennen. Dabei ist es m.E. mit dem geltenden Recht vereinbar, der als Gesamthand konzipierten einfachen Gesellschaft die aktive Rechtsfähigkeit zuzusprechen. Hingegen ist die Zuerkennung von passiver Rechtsfähigkeit an die einfache Gesellschaft *de lege lata* aufgrund

⁵³⁹ Fabricius S. 159; S. 162/163.

⁵⁴⁰ Hennecke S. 72; er erkennt nur der BGB-Gesellschaft, die als Gesamthand konzipiert ist, Rechtsträgerschaft zu (S. 71).

⁵⁴¹ Buchda S. 294f.

⁵⁴² Statt vieler Gauch N. 539 a. E. mit Hinweisen.

von Art. 544 Abs. 3 OR wohl nicht möglich. Mit Bezug auf einfache Gesellschaften, die über ein Sondervermögen (ein eigentliches Gesellschaftsvermögen) verfügen, wäre aber eine Zuerkennung von passiver Rechtsfähigkeit äusserst sinnvoll, da es nur so für die Gläubiger einer einfachen Gesellschaft möglich wird, sich direkt aus einem solchen Sondervermögen zu befriedigen.

(cb) Beschränkte Parteifähigkeit der einfachen Gesellschaft

Nach der h. L. ist die einfache Gesellschaft weder aktiv noch passiv parteifähig.⁵⁴³ Auch in der Rechtsprechung wird der einfachen Gesellschaft keine Parteifähigkeit zuerkannt.⁵⁴⁴ M.E. sollte dagegen der einfachen Gesellschaft sowohl partielle Rechtsfähigkeit als auch beschränkte Parteifähigkeit zuerkannt werden. Soweit eine einfache Gesellschaft als Gesamthandschaft organisiert ist, entspricht m.E. der kollektiven Rechtsfähigkeit dieser Gemeinschaft ohne weiteres die kollektive Parteifähigkeit.⁵⁴⁵ Die als Bruchteilsgemeinschaft ausgestaltete einfache Gesellschaft ist, soweit es bei ihr Bereiche unteilbarer Rechtsausübung gibt, m.E. auch als parteifähiges Prozesssubjekt zu behandeln.⁵⁴⁶ Diese Ausführungen beschlagen nur die aktive Parteifähigkeit. Eine Zuerkennung von passiver Parteifähigkeit an die einfache Gesellschaft, der ein Sondervermögen eigen ist, würde - so wünschbar dies auch wäre - wohl dem geltenden Recht zuwiderlaufen. Bei einer einfachen Gesellschaft, welche eine Vielzahl von Mitgliedern aufweist und bei der über-

⁵⁴³ Vogel § 22 N. 13; Walder § Rz 5; Siegwart Vorbem. zu Art. 530 - 551 OR N. 119f.

⁵⁴⁴ BGE 96 III 100ff; ZR 81 Nr. 26; ferner wird der einfachen Gesellschaft von der Lehre (Fritzsch/Walder § 9 Rz. 3) und Praxis (BGE 43 III 176ff) die Parteifähigkeit im Betreibungsverfahren abgesprochen.

⁵⁴⁵ Vgl. auch S. 47ff; gl. M. Fabricius S. 146; vgl. ferner Vogel-sang (S. 29/43/133), welcher die Versagung der aktiven Parteifähigkeit bei der einfachen Gesellschaft mit Sondervermögen kritisiert.

⁵⁴⁶ Vgl. Hennecke S. 132.

dies ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, sollte das Interesse der Gläubiger, gegen die einfache Gesellschaft vorgehen zu können, nicht weiterhin ignoriert werden. Eine Lösung dieses Problems sollte aber de lege ferenda erfolgen.⁵⁴⁷

(D) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT DER KÖRPERSCHAFTEN IM GRÜNDUNGSSTADIUM

(da) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Körperschaft im Gründungsstadium

Nach der h. L. und der bundesgerichtlichen Praxis besteht die Körperschaft im Gründungsstadium vor ihrer Entstehung als juristische Person als einfache Gesellschaft.⁵⁴⁸ Dies gilt nach der h. L. insoweit, als sich im Gesetz für die in Gründung befindliche Kapitalgesellschaften nicht besondere Normen finden.⁵⁴⁹ Insbesondere im Aussenverhältnis - im Rechtsverkehr Dritter mit der Körperschaft in nascendo - gilt nach der h. L., sogar noch in einem weit fortgeschrittenen Gründungsstadium, weiterhin das Recht der einfachen Gesellschaft.⁵⁵⁰ Folgerichtig wird den

⁵⁴⁷ Vgl. auch Hennecke S. 72ff; ferner Lindacher ZZP 96 (1983) S. 493/494 (mit Hinweisen): "Eine neuere, mehr und mehr an Boden gewinnende Ansicht ruft demgegenüber auch für das Recht der GbR den Abschied von der Theorie der einen Schuld mit doppeltem Haftungsobjekt aus und befürwortet auch für diese Gesellschaftsform die Dualität von Gesamthandsschuld und Gesellschafterindividualschuld sowie von Gesamthandsschuldprozess und Gesellschafterprozess - überwiegend unter Anerkennung einer durch den Gesetzeszweck relativierten Rechtssubjektivität der Gesamthand als solcher."

⁵⁴⁸ Forstmoser S. 212 mit Hinweisen; im Hinblick auf diejenigen Gründungsgesellschaften, die bereits ein kaufmännisches Unternehmen betreiben, ist dabei die h. L. schon unter dem Gesichtspunkt zu kritisieren, dass in der Rechtsform der einfachen Gesellschaft nach der h. L. ja gar kein kaufmännisches Gewerbe betrieben werden darf (Meier-Hayoz/Forstmoser § 4 N. 58; Forstmoser (S. 212 Fn. 72) hat dies denn auch gesehen).

⁵⁴⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser § 8 N. 29 S. 203.

⁵⁵⁰ Forstmoser S. 213.

Körperschaften im Gründungsstadium von der h. L. auch jede Rechtsfähigkeit abgesprochen. Einzig für den Verein⁵⁵¹ ist aber die Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft in dessen Gründungsstadium ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 65 ZGB). Für die übrigen Gründergesellschaften kann sich die h. L. hinsichtlich der Anwendbarkeit des Rechts der einfachen Gesellschaft nicht auf eine ausdrückliche Normierung stützen.⁵⁵² Die h. L. lässt sich umso weniger begründen, als bei der Behandlung der Körperschaft im Gründungsstadium als einfache Gesellschaft - wenn das herrschende Verständnis über die Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft zugrundegelegt wird - die Kontinuität zwischen werdender und gewordener Körperschaft nicht gewährleistet werden kann. Im schweizerischen Schrifttum hat sich Küchler⁵⁵³ in Gegensatz zur h. L. gestellt und sich für die beschränkte Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft im Gründungsstadium ausgesprochen. Damit trägt er wie die deutsche Lehre und Praxis⁵⁵⁴ dem Problem der Identität zwischen der werdenden und der gewordenen Körperschaft m.E. besser Rechnung als die h. L. Gleicher Meinung ist Hennecke, welcher in der Zuerkennung eigener Rechtssubjektivität an die Gesamthand die Schaffung des Rahmens erblickt, "innerhalb dessen auch zu belegen wäre, dass Vorgesellschaft und juristische Person ihre Identität in der Rechtsträgerschaft der nicht rechtsfähigen Personengesellschaft finden."⁵⁵⁵

⁵⁵¹ Egger (Sektionen S. 24f) bezeichnet das Recht der einfachen Gesellschaft als "rechtliches Gewand, das nun einmal auf einen Verein, vollends einen solchen mit grösserer Gliederzahl, ganz und gar nicht zugeschnitten ist". Aufgrund der dispositiven Natur des Rechts der einfachen Gesellschaft und durch eine Betonung lediglich entsprechender Anwendbarkeit des Rechts der einfachen Gesellschaft gelangt Egger mit Bezug auf den Verein ohne Rechtspersönlichkeit aber zu einem der Eigenart dieses Gebildes entsprechenden Rechte (S. 25).

⁵⁵² Vgl. etwa Meier-Hayoz/Forstmoser § 8 N. 29.

⁵⁵³ Küchler S. 239.

⁵⁵⁴ Ottomann S. 8 mit Hinweisen.

⁵⁵⁵ Hennecke S. 139; vgl. ferner Büttner S. 115.

Mit Bezug auf die Frage der Relativität der Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände schliessen wir uns Büttner⁵⁵⁶ an, welcher betont hat, dass die Vorstellung einer "gründungsbedingten Rechtsfähigkeit", welche mit der beschränkten Rechtsfähigkeit im Liquidationsstadium vergleichbar wäre und auf eine Beschränkung des Verbandszwecks hinauslaufen würde, den der Verbandswirklichkeit zugrundeliegenden Interessen widersprechen würde. Die Relativität der Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände ist m.E. vielmehr in Uebereinstimmung mit Büttner⁵⁵⁷ darin zu sehen, dass sie hinsichtlich qualitativer Rechtsfähigkeitsmerkmale gegenüber "vollrechtsfähigen" Gebilden Abweichungen dadurch aufweisen, dass sie insbesondere auf dem Gebiet der Haftung keine "ausschliessliche" Zuordnungssubjektivität besitzen.

M.E. ist die Zurechnung einer relativen Rechtsfähigkeit an die Gründungsverbände mit dem geltenden Recht vereinbar. Infolge der rudimentären Regelung der Körperschaften im Gründungsstadium ist m.E. die analoge Anwendung gewisser für die rechtsfähige Gesellschaft geltenden Normen immer dann angezeigt, wenn dies die Interessenlage erfordert. Die zum Dogma erstarrte dualistische Lehre verbaut auch im Zusammenhang mit den Gründungsverbänden befriedigende Lösungen. M.E. ist schliesslich die Verwendung von Formulierungen wie "Organisationsform eigener Art"⁵⁵⁸ oder "Rechtsform sui generis"⁵⁵⁹ für sich allein zu wenig aussagekräftig. Hinzutreten muss m.E. die Hervorhebung der Teilrechtsfähigkeit solcher Gebilde.

⁵⁵⁶ Büttner S. 115ff.

⁵⁵⁷ Büttner S. 115 sowie § 9 II, wo er zwei Ursachen für die Relativität der Rechtsfähigkeit unterscheidet (S. 93ff).

⁵⁵⁸ Diesen Ausdruck gebraucht Büttner (S. 68).

⁵⁵⁹ Diesen Ausdruck gebraucht Küchler (S. 234).

(db) Beschränkte Parteifähigkeit der Körperschaften im Gründungsstadium

In der schweizerischen Lehre und Rechtssprechung⁵⁶⁰ besteht mehr oder weniger Einigkeit darüber, dass die werdende Gesellschaft im Prozess wie eine einfache Gesellschaft zu behandeln ist.⁵⁶¹ Diese Ansicht ist aber auch im schweizerischen Schrifttum auf Kritik gestossen. So möchte etwa Küchler⁵⁶² der Gründungsgesellschaft passive Parteifähigkeit - er spricht von "Prozessfähigkeit" - zusprechen. Ottomann⁵⁶³ geht in Uebereinstimmung mit der h. L. grundsätzlich von der Parteionfähigkeit der Gründungsgesellschaft aus, möchte aber eine Gründungsgesellschaft stets in dem Ausnahmefall als (passiv) parteifähig behandeln, wenn gegen sie auf Untersagung der Eintragung ins Handelsregister geklagt wird. Er begründet dies zum einen mit den Schwierigkeiten, denen sich der Kläger gegenüber sieht, wenn er sämtliche Gründer in notwendiger Streitgenossenschaft belangen müsste. Zum anderen erscheint ihm die passive Parteifähigkeit in den erwähnten Ausnahmefällen umso unbedenklicher, als diese Prozesse eine enge Verwandtschaft zu solchen aufweisen, da gegen eine angebliche juristische Person auf Feststellung ihrer Nichtexistenz geklagt wird, wo ja auch nach allgemein geltendem Grundsatz die Parteifähigkeit zu bejahen sei.⁵⁶⁴ Die h. L., nach welcher sämtliche Vorgesellschafter aufgeführt werden müssen und nicht die X-AG in Gründung

⁵⁶⁰ Immerhin hat das Bundesgericht etwa in BGE 85 I 131 bei einer von einer nicht eingetragenen Gesellschaft eingereichten Beschwerde angenommen, sie sei von der Gesamtheit der Gründer erhoben worden und damit wenigstens eine "pragmatisch befriedigende Lösung des Problems der passiven Betreibungs- und Prozessfähigkeit (...) gefunden." (Küchler S. 237). Wünschenswert wäre es m.E. aber, wenn sich das Bundesgericht mit dem Phänomen des Prozessierens unter einer Sammelbezeichnung einmal in grundsätzlicher Weise auseinandersetzen würde.

⁵⁶¹ Ottomann S. 8 mit Hinweisen.

⁵⁶² Küchler S. 237.

⁵⁶³ Ottomann S. 8ff.

⁵⁶⁴ Ottomann S. 10 und III B.a); s. ferner Kapitel IX hiervor.

auftreten darf, wird ferner von Bär⁵⁶⁵ kritisiert: Selbst bei der Aktivlegitimation ⁵⁶⁶ sei dies nicht stets machbar - Bär erwähnt zur Begründung u. a. eine Publikums AG, die im Gründungsverfahren 2359 Zeichner gewonnen hat -. Vollends unzumutbar erweise sich das einzelne Aufführen sämtlicher Vorgesellschafter im Rubrum für einen Dritten bei der Passivlegitimation (damit spricht Bär die Schwierigkeiten infolge der fehlenden passiven Parteifähigkeit an). Wo die Rechtskraft direkt nur für die Gesamthand gesucht werde, sollte nach Bär "X-AG in Gründung" genügen. Bär⁵⁶⁷ hat sich ferner dafür ausgesprochen, dass, falls sich ein Bedürfnis nach einer Belangbarkeit der Vorgesellschaft als Gesamthand statt der Gesellschafterhaftung herausstellen würde, mit Einschränkung nichts im Wege stehen würde, die Vorgesellschaft lückenfüllend betriebsfähig zu machen. Im weiteren hat er sich auch für die Grundbuchfähigkeit der Vorgesellschaft ausgesprochen. Interessant ist schliesslich sein Fazit.⁵⁶⁸ Selbst wenn man die Scheidung zwischen juristischer Person und Gesamthand auch beim Thema der "Werdenden" juristischen Person respektiere und die Vorgesellschaft als Gesamthand auffasse, gelte der Ausspruch Wiedemanns⁵⁶⁹: "Wir kennen zwar ein gesamthänderisches Prinzip, aber mehrere Gesamthandsgemeinschaften verschiedener Ausgestaltung." Das zeige sich schon in den gesetzlichen Abweichungen bei den Personalhandelsgesellschaften, bei der Erbengemeinschaft und der Stockwerkeigentümergeinschaft. Abweichungen dürften lückenfüllend erweitert werden, wenn sich aus dem legitimen Zweck der Gemeinschaft, den Bedürfnissen der Beteiligten und Dritten und den Möglichkeiten der

⁵⁶⁵ Bär S. 96.

⁵⁶⁶ Bär lässt es dabei an einer differenzierten Verwendung der Begriffe Sachlegitimation und Parteifähigkeit vermissen.

⁵⁶⁷ Bär S. 97.

⁵⁶⁸ Bär S. 98.

⁵⁶⁹ Wiedemann zit. bei Bär S. 98.

Rechtstechnik eine Lücke begründen lasse.⁵⁷⁰

Bärs Ausführungen hinterlassen insgesamt einen zwiespältigen Eindruck. Zum einen teilt er die h. L. und betrachtet die Vorgesellschaften als einfache Gesellschaften⁵⁷¹. Zum anderen befürwortet er - falls ein Bedürfnis dafür besteht - im Wege der Lückenfüllung, der Vorgesellschaft Betreibungsfähigkeit zuzuerkennen, und spricht sich im Falle der Prozessführung für das Auftreten unter einer Sammelbezeichnung aus.⁵⁷² Gerade seine Ausführungen illustrieren dabei deutlich - er spricht von einer Beschränkung der Rechtskraft auf die Gesamthand - dass das Prozessieren unter einer Sammelbezeichnung nicht einfach eine reine Formalität ist, sondern eine verdeckte Zuerkennung von Parteifähigkeit beinhaltet.⁵⁷³ Wir lehnen die Meinung Ottomanns⁵⁷⁴ ab, der vom vorne erwähnten Ausnahmefall abgesehen, ganz der h. L. folgt und halten die Ausführungen von Küchler⁵⁷⁵ für sachgerechter.

Von den aufgeführten Lehrmeinungen dürfte m.E. aber diejenige von Büttner richtungsweisend sein, da er sich sowohl für die Zuerkennung der aktiven als auch der passiven Parteifähigkeit an die Gründungsgesellschaften ausgesprochen hat.⁵⁷⁶ Es wird daher abschliessend noch die Auffassung Büttners zur Darstellung gebracht, da sie m.E. der gesamten Problematik am besten gerecht zu werden vermag: Büttner postuliert die

⁵⁷⁰ Bär S. 98.

⁵⁷¹ Bär S. 96.

⁵⁷² Bär S. 96f.

⁵⁷³ Vgl. Kapitel V hiervor.

⁵⁷⁴ Ottomann S. 7ff.

⁵⁷⁵ Küchler S. 237.

⁵⁷⁶ Büttner S. 123ff; bemerkenswert ist m.E. in diesem Zusammenhang das in BGE 107 II 246 gewählte Rubrum: "Urteil (...) i. S. Index Management in Gründung gegen Direktion der Justiz des Kantons Zürich".

relative Rechts-⁵⁷⁷ und Parteifähigkeit⁵⁷⁸ der Gründungsgesellschaften. Es erscheint dabei Büttner aufgrund des Funktionsverhältnisses zwischen der sachlichen Rechtsfähigkeit und der Verfahrensfähigkeit "nicht nur verständlich, sondern sogar notwendig, dass die Zivilprozessordnung die prozessuale Rechtsfähigkeit mit der sachlich-rechtlichen Rechtsfähigkeit verknüpft".⁵⁷⁹ Demgegenüber muss nach ihm "die Anerkennung einer (beschränkten) prozessualen Rechtsfähigkeit bei gleichzeitiger Versagung der sachlich-rechtlichen Rechtsfähigkeit zu inneren Widersprüchen führen, wenn es um die Verwirklichung der den Gegenstand des Verfahrens bildenden sachlichen Rechtsfähigkeit geht".⁵⁸⁰ Für ihn besteht ferner nun umso weniger Anlass, die unbefriedigenden und widerspruchsvollen Ergebnisse der herrschenden deutschen Lehre, die sich aus der partiellen Parteifähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins sowohl für das Prozessrecht als auch für das materielle Recht ergeben, auf das vom Gesetzgeber ohnedies kaum geregelte Recht der Gründungsverbände zu übertragen. Vielmehr sei bei den Gründungsverbänden von dem in § 50 Abs. 1 ZPO (BRD) niedergelegten Grundsatz auszugehen, dass (materiellrechtliche) Rechtsfähigkeit und (prozessuale) Parteifähigkeit zwei zusammenhängende Eigenschaften sind und daher parteifähig sei, wer rechtsfähig sei.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ Büttner S. 120ff.

⁵⁷⁸ Büttner S. 123ff.

⁵⁷⁹ Büttner S. 103.

⁵⁸⁰ Büttner S. 103.

⁵⁸¹ Büttner S. 124.

(E) BESCHRÄNKTE RECHTS- UND PARTEIFÄHIGKEIT
DER KOLLEKTIV- UND KOMMANDITGESELLSCHAFT

(ea) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

(eaa) Im allgemeinen

Ueber die Rechtsnatur der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wird expressis verbis nichts gesagt. Der Gesetzgeber hat es der Theorie vorbehalten, diese näher zu bestimmen.⁵⁸² Die h. L. und Praxis betrachten die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nicht als rechtsfähig.⁵⁸³ Dennoch ist diese Frage seit jeher stark umstritten⁵⁸⁴ und die besondere Nähe der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zur juristischen Person erkannt worden.⁵⁸⁵ Nach Pedrazzini⁵⁸⁶ ist die Entscheidung des Gesetzgebers für eine rechtliche Verselbständigung von Personenmehrheiten weitgehend von Zweckmässigkeitserwägungen geprägt. Die praktischen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und nicht innere Notwendigkeiten entscheiden seiner Meinung nach darüber, ob einem sozialen Gebilde die Rechtspersönlichkeit zuerkannt werden soll oder nicht. Bucher⁵⁸⁷ ist der Ansicht, dass die Frage nach der Rechtsfähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, nachdem das heutige positive Recht diese Gebilde einlässlich geregelt hat, nicht mehr als Frage nach den Begriffsmerkmalen der juristischen Persönlichkeit verstanden werden darf: "...bekannt sind die Elemente, welche die Doktrin als für die selbständige Rechtspersönlichkeit konstitutiv erklären soll. Betrachtet man die Fähigkeit, unter

⁵⁸² Holenstein S. 82 mit Hinweis auf die Materialien in Fn. 29.

⁵⁸³ Vgl. etwa Meier-Hayoz/Forstmoser S. 61ff; Liver S. 114; Bucher zu Art. 11 ZGB N. 49.

⁵⁸⁴ Meier-Hayoz § 9 N. 13 mit Hinweisen.

⁵⁸⁵ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 49; Spinner S. 57; Patry S. 80/271.

⁵⁸⁶ Pedrazzini S. 183.

⁵⁸⁷ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 48.

eigenem Namen am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen und im Prozess auftreten zu können, oder die Existenz eines verselbständigten Gesellschaftsvermögens als die Merkmale, welche die Rechtspersönlichkeit ausmachen, so ist die Kollektivgesellschaft eine juristische Person; dagegen muss ihr die juristische Persönlichkeit dann abgesprochen werden, wenn man als Begriffsmerkmal für diese die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen betrachtet, die bei der Kollektivgesellschaft nicht besteht."⁵⁸⁸

Im schweizerischen Schrifttum sind ferner auch Meinungen vertreten worden, welche deutlich gegen die h. L. Stellung beziehen. So bezeichnen etwa Gauch/Schluep/Jäggi die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als rechtsfähige Personengemeinschaften.⁵⁸⁹ Nach Guhl⁵⁹⁰ hat die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ein eigenes Sondervermögen und ist rechts- und parteifähig wie eine juristische Person, ohne dass man sie deshalb als juristische Person bezeichnen muss und ohne dass deswegen der gesellschaftliche Charakter im Verhältnis der Gesellschafter untereinander beeinträchtigt wird. In Ergänzung und Präzisierung dieser Mindermeinungen sprechen wir uns in Anlehnung an Fabricius⁵⁹¹ und dessen Ausführungen zur OHG für eine auf den Gesellschaftszweck beschränkte Rechtsfähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft aus.

⁵⁸⁸ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 48.

⁵⁸⁹ Gauch/Schluep/Jäggi N. 26; gl. M. Gauch N. 539.

⁵⁹⁰ Guhl S. 575; vgl. ferner von Steiger S. 528ff.

⁵⁹¹ Fabricius S. 163ff.

(eab) Im besonderen: Die Rechtsnatur der Personengesellschaft

Durchlaufen der verschiedenen Entwicklungsstadien

(eaba) Entstehung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Gemäss der h. L. entsteht die kaufmännische Kollektivgesellschaft, sobald sich die Beteiligten (in beliebiger Form, auch durch konkludentes Verhalten) geeinigt haben, ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen zu betreiben. Der Eintrag im Handelsregister hat danach lediglich deklaratorische Bedeutung.⁵⁹² Bei der nichtkaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist dagegen nach der h. L. der Registereintrag konstitutiv. Die h. L. kann sich dabei auf Art. 553 OR stützen. Vor der Eintragung ist der Zusammenschluss als einfache Gesellschaft zu werten.⁵⁹³

Es ist nicht zu verkennen, dass durch eine Meinung, wie sie in der vorliegenden Arbeit vertreten wird, wonach selbst der einfachen Gesellschaft⁵⁹⁴ und der in Gründung befindlichen Körperschaft⁵⁹⁵ vor dem Eintrag ins Handelsregister eine beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit zukommt, die Bedeutung des Handelsregistereintrages insgesamt geschmälert wird. Im Gegensatz zur h. L., welche zwischen der konstitutiven und der deklaratorischen Bedeutung des Handelsregistereintrages unterscheidet, hat eine konsequente Befürwortung des relativen Rechtsfähigkeitsbegriffes die Preisgabe dieser Unterscheidung zur Folge. Bei Zugrundelegen eines relativen Rechtsfähigkeitsbegriffes ist der Handelsregistereintrag nurmehr für das Ausmass der Rechtsfähigkeit bedeutsam. Dies ist m.E. aber keineswegs als eine unerwünschte Konsequenz der

⁵⁹² Meier-Hayoz/Forstmoser § 9 N. 54f und § 10 N. 41; Guhl S. 576.

⁵⁹³ Meier-Hayoz/Forstmoser § 9 N. 57 und § 10 N. 41; Guhl S. 576.

⁵⁹⁴ Vgl. unter 15.2.1.2(c) hiavor.

⁵⁹⁵ Vgl. unter 15.2.1.2(d) hiavor.

vorliegend vertretenen Ansicht zu betrachten. M.E. ist es vielmehr wünschenswert, wenn an die Formalität des Handelsregistereintrages - zu erinnern ist an dieser Stelle an die in starkem Masse eingeschränkte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers⁵⁹⁶ - keine zu weitreichenden materiellrechtlichen Folgen geknüpft werden.

(eabb) Beendigung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Tritt die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ins Liquidationsstadium, so reduziert sich m.E. der Umfang der diesem Gebilde zuzuerkennenden Rechtsfähigkeit auf den Liquidationszweck.⁵⁹⁷ Wird der Handelsregistereintrag schliesslich gelöscht, so hat dies nach der h. L. bei der kaufmännischen und bei der nichtkaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nur deklaratorische Bedeutung.⁵⁹⁸ Dieser Meinung ist zu folgen. Trotz Löschung im Handelsregister besteht die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft in Liquidation solange weiter, als unverteilte Aktiven oder auch nur nicht liquidierte Passiven vorhanden sind.⁵⁹⁹

(eb) Beschränkte Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

(eba) Im allgemeinen

Mit der Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft hat sich nicht nur die Zivilprozessrechtslehre sondern auch die Zivilrechtswissenschaft befasst: Nach Eugen Bucher⁶⁰⁰ ist die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gemäss Art 562 und 602 OR parteifähig. Auch Guhl

⁵⁹⁶ Vgl. dazu etwa BGE 107 II 247f.

⁵⁹⁷ Vgl. dazu auch unter 13.2.2 hiervor.

⁵⁹⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser § 9 N. 65.

⁵⁹⁹ Guhl S. 590 sowie BGE 81 II 358.

⁶⁰⁰ Bucher zu Art. 11 ZGB N. 81.

hat die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als parteifähig bezeichnet.⁶⁰¹ Siegwart⁶⁰² hat der Kollektivgesellschaft die aktive und passive Parteifähigkeit zugesprochen: Ob man bei der Kollektivgesellschaft von einer materiellen oder von einer bloss formalen Parteifähigkeit spricht, hängt seiner Meinung nach von der grundsätzlichen Einstellung ab, die man dem Wesen der Kollektivgesellschaft gegenüber bekundet und ist im praktischen Resultat nicht von grosser Bedeutung.⁶⁰³ Abgesehen von den auch nur spärlichen Andeutungen von Siegwart haben sich die Zivilrechtler mit dem Wesen der Parteifähigkeit bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nicht auseinandergesetzt. Sie sprechen den Personengesellschaften die Parteifähigkeit kurz aus pragmatischen Gründen zu.

Die Haltung der herrschenden Zivilrechtslehre mit Bezug auf das Wesen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft - gemeint ist dabei insbesondere die Versagung der Rechtsfähigkeit - findet ihren Niederschlag in der Zivilprozessrechtslehre. So führt etwa Guldener ⁶⁰⁴ aus, die Regelung, wonach die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten begründen könne, wolle nur besagen, dass die verschiedenen Gesellschafter unter der Firma als Kollektivbezeichnung auf dem Gebiet des Rechts auftreten könnten. Entsprechendes müsse auch für die Prozessführung gelten. Als Partei seien die jeweiligen Gesellschafter zu betrachten, die Firma sei der Name, unter welchem die Gesellschafter gemeinsam klagen und gemeinsam eingeklagt werden könnten. Obschon Guldener das selbständige Auftre-

⁶⁰¹ Guhl S. 575.

⁶⁰² Siegwart zu Art. 562 OR N. 6.

⁶⁰³ Siegwart zu Art. 562 OR N. 8; im Gegensatz zu Siegwart sind wir der Auffassung, dass die Zuerkennung von materieller Parteifähigkeit an die Personengesellschaft sehr wohl andere praktische Auswirkungen hat als die Zuerkennung lediglich formeller Parteifähigkeit (vgl. unter Teil 5 hiernach). Will man an die formelle Parteifähigkeit dieselben Folgen anknüpfen wie an die materielle, so hat man es in Wirklichkeit nicht mehr mit einer bloss formalen Parteifähigkeit zu tun.

⁶⁰⁴ Guldener S. 125f.

ten der Kollektivgesellschaft im Prozess, wie dies aus seinen Ausführungen entnommen werden muss, als Frage der Parteibezeichnung auf- fasst, bezeichnet er nichtsdestoweniger die Kollektiv- und Kommanditge- sellschaft als parteifähig, ohne den Zusatz "formell" beizufügen.⁶⁰⁵ Eine ambivalente Haltung nimmt auch Walder ein: Wenn die Firma vor Gericht auftrete, so nehme sie damit allerdings nur scheinbar die Parteifähigkeit in Anspruch. Ihre Firma sei nur der Schild, unter dem sie vor Gericht auftrete. Parteien seien im Grunde genommen die einzelnen Gesellschafter dieser Gebilde, auch wenn sie im Rubrum nicht einzeln aufgeführt wür- den, sondern nur der Name der Gesellschaft erscheine.⁶⁰⁶ Es sei aber nicht etwa so, dass die Gesellschaft nur als Vertreterin ihrer Gesell- schafter den Prozess führen würde - heisst es wenig später⁶⁰⁷ - die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sei vielmehr selber als Partei aner- kannt, sei selber parteifähig. M.E. ist die Zuerkennung einer derarti- gen, lediglich formalen Parteifähigkeit abzulehnen.⁶⁰⁸

Nach Sträuli/Messmer⁶⁰⁹ zeigt sich darin, dass Änderungen im Bestand der Gesellschaft auf hängige Prozesse ohne Einwirkung sind und dass ferner Prozesse zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesell- schaftern oder zwischen mehreren Gesellschaften, die aus gleichen Mitgliedern bestehen, möglich sind, die eigene Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft im Prozess. Diesen Ausdruck "eige- ne Parteifähigkeit" gebrauchen Sträuli/Messmer, obschon auch sie in Uebereinstimmung mit der h. L. betonen, dass die Personengesellschaften

⁶⁰⁵ Guldener ebd. S. 125.

⁶⁰⁶ Walder § 8 Rz 1.

⁶⁰⁷ Walder § 8 Rz 2.

⁶⁰⁸ Vgl. Kapitel V hiervor.

⁶⁰⁹ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2; bei der Annahme lediglich for- meller Parteifähigkeit liegt in den beiden im folgenden genannten Fällen ein verpönter Insichprozess vor.

keine von den Gesellschaftern unabhängige Rechtssubjekte sind.⁶¹⁰ Vogel⁶¹¹, der auf die Kontroverse zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nicht eingeht, hält lediglich fest, dass die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nach Art. 562 und 602 OR als parteifähig betrachtet werde.

Die aufgeführten Lehrmeinungen zeigen, dass man sich in der Lehre über die Tragweite von Art. 562 OR und 602 OR - ob aus dem selbständigen Auftreten der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft im Prozess eine eigentliche oder bloss formale Parteifähigkeit zu folgern ist - nicht völlig im klaren ist.

Das Bundesgericht hat sich über die Frage, ob der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft lediglich eine formale Parteifähigkeit zukomme, ob das selbständige Auftreten der Personengesellschaften somit lediglich als ein besonderer Fall der Parteibezeichnung - Zulässigkeit des Auftretens unter einer Sammelbezeichnung - zu verstehen ist oder ob der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft eine eigentliche Parteifähigkeit zukommt, nicht ausgelassen. In der Mehrzahl der Fälle, in denen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften vor dem obersten Gericht als Parteien aufgetreten sind, ist es nicht zu einer Erörterung dieser Frage gekommen. Die betreffenden Personengesellschaften sind lediglich als solche im Rubrum aufgeführt⁶¹², und es ist von der Gesellschaft als Klägerin⁶¹³ oder als Beklagten die Rede, ohne dass es zu einer Auseinandersetzung mit dem Wesen der Parteifähigkeit gekommen wäre. In BGE 81 II 358 ff und 59 II 53ff⁶¹⁴ gelangte das Bundesgericht zur Bejahung der Parteifähigkeit

⁶¹⁰ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2.

⁶¹¹ Vogel S. 85 § 22 N. 4.

⁶¹² Vgl. etwa BGE 39 II 79; BGE 72 II 180 etc.

⁶¹³ Vgl. etwa BGE 77 II 39.

⁶¹⁴ In diesem Entscheid spricht es zwar von "la faculté d'ester en justice" (S. 60) meint damit aber auch die Parteifähigkeit.

einer im Handelsregister gelöschten aber noch nicht vollständig liquidierten Personengesellschaft, ohne aber dazu Stellung zu nehmen, was es unter der Parteifähigkeit einer Kollektiv- und Kommanditgesellschaft genau versteht. Ob aus BGE 71 II 39ff, wo sich das Bundesgericht für die Erstreckung der Rechtskraft eines gegenüber einer Personengesellschaft ergangenen Urteils auf die jeweiligen Gesellschafter eingesetzt hat, ohne weiteres gefolgert werden kann, dass das Bundesgericht die Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft lediglich als eine formale begreife und die Gesellschafter als eigentliche Partei verstehe, wie dies in ZR 58 Nr. 68⁶¹⁵ getan worden ist, erscheint zumindest fraglich. Der Gesellschafter, der in casu als Kläger aufgetreten ist, war ja gerade bei Ergehen des Urteils gegen die Gesellschaft, dessen Rechtskraft ihm in der Folge entgegengehalten worden ist, gerade noch nicht in der Gesellschaft. Aufgrund der Erstreckung der Rechtskraft auf die jeweiligen Gesellschafter ist im Gegenteil schon die eigentliche Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gefolgert worden.⁶¹⁶

Damit sind wir bereits bei der Untersuchung der zürcherischen Praxis zur Parteifähigkeit der Personengesellschaften angelangt. In der zürcherischen Rechtssprechung sind widersprüchliche Formulierungen mit Bezug auf das Wesen der Parteifähigkeit bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft festzustellen. So heisst es etwa in ZR 77 Nr. 116 (obiter)⁶¹⁷, es unterliege keinem Zweifel, dass der Gesetzgeber der Stockwerkeigentümergeinschaft nur beschränkte Handlungsfähigkeit habe verleihen wollen und zwar nach dem Vorbilde der beschränkten Rechts- und Handlungsfähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art 562 und 602 OR). Daraus könnte gefolgert werden, dass die Partei-

⁶¹⁵ ZR 58 (1959) Nr. 68 S. 174.

⁶¹⁶ Vgl. etwa Sträuli/Messmer §§ 27/28 N. 2.

⁶¹⁷ S. 261, im Rahmen der Erörterung der materiell begriffenen Parteifähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft.

fähigkeit der Personengesellschaften als eine materielle begriffen wird. ZR 58 Nr. 68 und ZR 81 Nr. 26 lauten aber unmissverständlich dahin, dass der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft eine rein formelle Parteifähigkeit zukommt, welche als Spezialfall der Parteibezeichnung verstanden wird. ZR 81 Nr. 26 lautet nämlich dahingehend, dass im Falle der Weiterentwicklung einer einfachen Gesellschaft in eine Kollektivgesellschaft während eines hängigen Prozesses nicht die Partei wechsele - es wird dabei in einem obiter dictum festgehalten, dass die Parteionfähigkeit der einfachen Gesellschaft ja unbestritten sei - sondern dass lediglich der Name der Partei wechsele. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Ingress von ZR 81 Nr. 26 "Rechtsträger und Prozesspartei bleibt die Gesellschaft zur gesamten Hand". Auch wir sind der Auffassung, dass die Identität einer einfachen Gesellschaft mit der aus ihr hervorgegangenen späteren Kollektivgesellschaft nicht genug betont werden kann, und begrüße im Ergebnis den fraglichen Entscheid. Allerdings ist m.E. das Fehlen eines Parteiwechsels mit der beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Gesamthand zu begründen, welche vom Wechsel der Rechtsform unberührt geblieben ist.

Die bestehende Unsicherheit über das Wesen der Parteifähigkeit bei den Personengesellschaften ist m.E. eine Folge des Grundkonzepts der h. L., wonach die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zwar parteifähig aber nicht rechtsfähig ist. Wie Holenstein⁶¹⁸ festgehalten hat, besteht jedoch keine zwingende Notwendigkeit dafür, die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als parteifähig nicht jedoch als rechtsfähig anzusehen, wie es die heutige Lehre und Praxis fast ausnahmslos tut. Die h. L. verstrickt sich m.E. denn auch immer von neuem in vielfache Widersprüche - es entpuppt sich die Zuerkennung einer nur formellen Parteifähigkeit an die Personengesellschaften immer wieder als mehr als nur eine reine Formalität (Frage der Parteibezeichnung) - deren Aufdeckung m.E. für

⁶¹⁸ Holenstein S. 82f.

eine logisch befriedigende Erfassung der ganzen Problematik unerlässlich ist. So ist es m.E. - um noch einmal auf die zürcherische Rechtssprechung zurückzukommen - völlig unerklärlich, wenn in ZR 77 Nr. 117⁶¹⁹ der Stockwerkeigentümergeinschaft gestützt auf Art. 712 I ZGB - dieser Artikel ist im Verhältnis zu Art. 562 OR und 602 OR ja als "Epigonenparagraph" zu betrachten⁶²⁰ - eigentliche und nicht nur scheinbare Parteifähigkeit zuerkannt wird, aber der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft fünf Jahre später nur eine formale Parteifähigkeit zugestanden wird.⁶²¹ Die h. L. ist m.E. nicht nur in theoretischer Hinsicht voll von Widersprüchen sondern steht auch in völligem Gegensatz zur rechtstatsächlichen Situation. Der sozialen Realität der erörterten verselbständigten Gebilde kann man m.E. nur mit der Zuerkennung einer eigentlichen, materiellen Parteifähigkeit gerecht werden.

(ebb) Im besonderen

(ebba) Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Durchlaufen der verschiedenen Entwicklungsstadien

(ebbaa) Beschränkte Parteifähigkeit der entstehenden Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

M.E. sollte einer in Entstehung begriffenen Personengesellschaft unabhängig vom Handelsregistereintrag dann eine auf ihren Gesellschaftszweck beschränkte Parteifähigkeit zuerkannt werden, wenn das betreffende Gebilde - in nascendo - rechtlich als einfache Gesellschaft qualifiziert werden kann. Diese Ansicht weicht von der h. L. ab, welche mit Bezug auf die nichtkaufmännische Kollektiv- und Kommanditge-

⁶¹⁹ ZR 77 (1978) Nr. 117 S. 264.

⁶²⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrates von 7. Dezember 1962 BBl 1962 II 1518.

⁶²¹ ZR 82 Nr. 26.

sellschaft für deren selbständiges Auftreten vor Gericht den Eintrag ins Handelsregister verlangt.⁶²²

(ebbab) Beendigung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft:

Einer in Liquidation befindlichen Personengesellschaft, die im Handelsregister ordnungsgemäss als Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft in Liquidation aufgeführt sein sollte, kommt m.E. eine auf den Liquidationszweck beschränkte Parteifähigkeit zu. Die vor der vollständigen Liquidation gelöschte Personengesellschaft ist nach der h. L., welcher in diesem Punkt zu folgen ist, - unabhängig davon, ob sie einen kaufmännischen oder einen nichtkaufmännischen Zweck verfolgt,⁶²³ - bis zur vollkommenen Abwicklung beschränkt parteifähig.⁶²⁴

(ebbbb) Insichprozesse

Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft kann sich das Problem des Insichprozesses stellen.⁶²⁵ Fasst man die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als notwendige Streitgenossenschaft im traditionell verstandenen Sinne auf⁶²⁶, wie dies die h. L. allerdings getarnt durch

⁶²² Vgl. dazu auch unter 15.2.1.2(eaba) hiavor.

⁶²³ Meier-Hayoz/Forstmoser § 9 N. 65.

⁶²⁴ Vgl. BGE 81 II 361: "Folgerichtig kann unbekümmert um die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Kollektivgesellschaft ein vor beendigter Liquidation angehobener Aktiv- oder Passivprozess ohne Aenderung der Partei weitergeführt werden.

⁶²⁵ Dieses Problem stellt sich im übrigen auch bei der einfachen Gesellschaft.

⁶²⁶ Vgl. zum herrschenden Verständnis der notwendigen Streitgenossenschaft und zur Kontroverse über ihr Wesen 7.1.2 hiavor.

den Begriff der formalen Parteifähigkeit tut, so kommt es bei bestimmten Streitigkeiten - den Rechtshändeln der Gesamtheit der Gesellschafter⁶²⁷ mit ihren Mitgliedern - zu einer Durchbrechung des Zweiparteienprinzips und zu einer vollständigen oder partiellen Identität der Klägerschaft mit der beklagten Partei: In ZR 25 Nr. 43 ist das vorliegende Problem unter dem Titel "Bejahung der Aktivlegitimation der Personengemeinschaft" einmal mehr völlig pragmatisch gelöst worden: "Da aber die Einlage an die Gesellschaft geleistet werden muss, der Anspruch darauf somit zum Gesellschaftsvermögen gehört, muss das Recht zur Geltendmachung desselben und zwar in erster Linie der Gesellschaft selbst zustehen."⁶²⁸ M.E. fügen sich die Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern aber elegant ins Zweiparteiensystem ein, wenn man von der eigenständigen, von den Mitgliedern unabhängigen beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Personengesellschaft ausgeht.⁶²⁹

(ebbc) Nichtige Personengesellschaft

Im Verfahren um die Feststellung ihrer Nichtigkeit sollte auch der Personengesellschaft eine auf die Abklärung dieser Frage beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit zuerkannt werden.⁶³⁰

⁶²⁷ Die Gesamtheit der Gesellschafter und die Gesellschaft sind dabei m.E. Synonyme; gl. M. ist Huber ZZP 82 S. 241: "Nun ist die Gesellschaft aber nichts anderes als die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und in ihrem wechselnden Personenbestand."

⁶²⁸ ZR 25 Nr. 43 S. 70.

⁶²⁹ Ueber die Möglichkeit von Prozessen zwischen Gesellschaften, die aus den gleichen Mitgliedern bestehen vgl. Siegwart zu Art. 562 OR N. 6; als ein weiterer darunter zu subsumierender Fall ist m.E. die Klage einzelner oder mehrerer Gesellschafter auf Auflösung der Gesellschaft zu betrachten. Es sollte möglich sein, eine solche Klage nach dem gleichen prozessualen Grundschema durchzuführen, wie es im Falle der gerichtlichen Auflösung der juristischen Person zur Anwendung gelangt.

⁶³⁰ Vgl. dazu Kapitel IX hervor.

15.2.2 Nichtige juristische Personen

"Nach allgemeinem Grundsatz kann von jedem Interessierten gegen eine angebliche juristische Person auf Feststellung ihrer Nichtexistenz geklagt werden, in welchem Verfahren jener Parteifähigkeit zukommt."⁶³¹ Eine solche, auf die Abklärung ihres rechtlichen Bestehens begrenzte Parteifähigkeit⁶³² ist den fraglichen Gebilden unabhängig davon zuzuerkennen, ob es sich um den Fall einer ursprünglichen oder nachträglich eingetretenen Nichtigkeit handelt.⁶³³ Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts, welches ausgeführt hat, die Zuerkennung der Parteifähigkeit in einem solchen Fall beruhe gar nicht auf der Annahme wirklicher Rechtsfähigkeit⁶³⁴, ist m.E. den betreffenden Erscheinungen parallel zur Zuerkennung einer minimalen Parteifähigkeit auch eine minimale Rechtsfähigkeit zuzuerkennen. Im übrigen kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zur beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der nichtigen Stiftungen verwiesen werden.⁶³⁵

15.2.3 Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen

Die Anleiensobligation (Art. 1156ff OR) bildet den wichtigsten Fall der Teilgläubigerschaft.⁶³⁶ Es liegt also keine gemeinschaftliche Gläubigerschaft - m. a. W. keine Rechtsgemeinschaft - vor. Nach Art. 1157 Abs. 1 OR bilden die Gläubiger aber von Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft. Diese Organisierung der Gesamtheit der Gläubiger erweist sich mit Bezug auf bestimmte Situationen - ein in finanzielle Schwierigkeiten geratener Schuldner könnte unmöglich einzeln mit allen Gläubigern

⁶³¹ Ottomann S. 17 mit Hinweisen.

⁶³² Vgl. Kapitel IX hiervor.

⁶³³ Vgl. dazu insbes. BGE 75 II 85ff sowie 96 II 273ff, die beide Stiftungen betreffen.

⁶³⁴ BGE 73 II 84.

⁶³⁵ Vgl. 14.2.2.2(b) hiervor.

⁶³⁶ Vgl. etwa Gauch/Schluep/Jäggi N. 2351f.

neue Bedingungen aushandeln - als unerlässlich. Die Gläubigergemeinschaft kann in Gläubigerversammlungen für alle Gläubiger verbindliche Beschlüsse fassen. Zur Wahrung der Interessen der Gläubigergemeinschaft werden Vertreter bestellt.⁶³⁷ Im gesetzlichen Rahmen können in der Gläubigerversammlung in die Gläubigerrechte eingreifende Beschlüsse - in Art. 1174 OR "Zwangsbeschlüsse" genannt - getroffen werden. Diese schaffen im wesentlichen Erleichterungen zugunsten des Schuldners.⁶³⁸

Aus diesen allgemeinen Ausführungen zur Gläubigergemeinschaft bei der Anlehensobligation wird ersichtlich, dass die Gläubigerrechte der einzelnen Anlehensobligationäre im gesetzlich umschriebenen Umfang beschnitten werden können und ihnen ein gemeinschaftliches Vorgehen aufgezwungen werden kann (vgl. dazu Art. 1164 Abs. 3 OR). Die gesetzliche Ausgestaltung der Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen kann m.E. in theoretischer Hinsicht dahingehend gewürdigt werden, dass die Gläubigerrechte in bestimmtem Rahmen dem Personen-Vermögenskomplex der Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen zugewiesen sind. So heisst es in Art. 1186 Abs. 1 OR denn auch wörtlich: "Die Rechte, die das Gesetz der Gläubigergemeinschaft (...) zuweist (...)." Auch im Rahmen der theoretischen Betrachtung dieses Institutes kristallisiert sich m.E. ein zweckgebundener Personen-Vermögenskomplex heraus, der eine gewisse Verselbständigung aufweist und dem im gesetzlich umschriebenen Umfang Rechts- und Parteifähigkeit zuzuerkennen ist. Die Lehre hat sich bis anhin nicht mit der Frage einer allfälligen Parteifähigkeit der Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen befasst. Da das Bundesgericht das selbständige Auftreten der Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen als Betreibungsgläubiger aber offensichtlich für zulässig erachtet⁶³⁹, ist diesem Personen-

⁶³⁷ Guhl S. 873.

⁶³⁸ Guhl S. 874.

⁶³⁹ BGE 107 III 49ff.

Vermögenskomplex folgerichtig auch die Parteifähigkeit im Betreibungsverfahren und zufolge des funktionellen Zusammenhangs zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren auch in bestimmtem Rahmen zivilprozessuale Parteifähigkeit zuzuerkennen.⁶⁴⁰

15.2.4 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der "Teile der juristischen Person"

15.2.4.1 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit öffentlich-rechtlicher Organe

Nach der h. L. kennt das schweizerische Recht keine Organpersönlichkeit. Behörden sind die Organe von rechtsfähigen Verwaltungseinheiten. Sie sind nicht rechts- und nicht parteifähig. Sie können als Organe von rechtsfähigen Verwaltungseinheiten handeln, wenn sie hierzu zuständig oder besonders ermächtigt sind.⁶⁴¹ Der juristischen Person des öffentlichen Rechts, nicht dem zur Vertretung berufenen Organ kommt die Parteistellung zu.⁶⁴²

Trotz dieser grundsätzlichen Verneinung der Organpersönlichkeit ist verschiedentlich die Formulierung anzutreffen, wonach es nur dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone zukommt, die Parteifähigkeit an Behörden zu verleihen. Das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone bestimme danach auch, welche Behörden eine privatrechtliche Stellung einnehmen und ob sie solchermassen Träger von Rechten und Pflichten sein können.⁶⁴³ In neuester Zeit hat sich das Bundesgericht⁶⁴⁴ erneut mit dieser Frage beschäftigt: Ob und inwiefern eine Behörde Rechtspersönlichkeit habe und daher Träger eigener Rechte und

⁶⁴⁰ Vgl. Kapitel V hiervor sowie 24.1.2 hiernach.

⁶⁴¹ Gygi S. 180 mit Hinweisen.

⁶⁴² Kölz § 21 N. 19.

⁶⁴³ Stähelin S. 33; BGE 41 II 600; 48 II 418.

⁶⁴⁴ BGE 112 II 87ff.

Pflichten sein könne oder ob sie selber als Organ eines Rechtssubjektes anzusehen sei, bestimme das jeweils massgebliche öffentliche Recht.⁶⁴⁵ Das Bundesgericht hat sich in der betreffenden Entscheidung gestützt auf Art. 48ter ff AHVG und Art. 79quater AHVV zugunsten einer beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit des Bundesamtes für Sozialversicherung ausgesprochen, welches in casu als Kläger aufgetreten ist. Die Klagelegitimation in Streitigkeiten um Regressforderungen könne bundesrechtlich nicht beanstandet werden. Sie entspreche dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sowie den praktischen Bedürfnissen und sei daher auch sachlich gerechtfertigt.⁶⁴⁶ Damit ist das Bundesgericht der Ansicht der Beklagten entgegengetreten, welche behauptet hatte, die Schweizerische Eidgenossenschaft hätte als Klägerin auftreten sollen. Obiter hat das Bundesgericht ferner erwähnt, dass der Gesetzgeber offensichtlich auch weiteren Organen der beiden Sozialversicherungen (AHV und IV), die zwar bundesrechtlich organisiert seien, aber weder dem Bund noch einem anderen Gemeinwesen angehören, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet habe, damit sie im Aussenverhältnis, namentlich in zivilrechtlichen Belangen, im eigenen Namen auftreten können.⁶⁴⁷

BGE 112 II 87ff macht deutlich, dass die beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von Organen dann mehr in den Vordergrund treten kann, wenn die rechtliche Verselbständigung des dahinterstehenden Personen-Vermögenskomplexes nicht klar auszumachen ist. Da die Gesamteinstitution AHV, angesichts dessen, dass sie weder eine organisatorische Einheit bildet noch Vermögen hat, als rechtliche Einheit zu wenig greifbar ist, schiebt sich die rechtliche Verselbständigung bestimmter Organe der Sozialversicherung in den Vordergrund.

⁶⁴⁵ BGE 112 II 89.

⁶⁴⁶ BGE 112 II 90.

⁶⁴⁷ BGE 112 II 90.

Mit den vorangehenden Ausführungen sollte die Erscheinung von öffentlich-rechtlichen Organen als Träger privater Rechte und Pflichten und die damit zusammenhängende Frage der zivilprozessualen Stellung solcher öffentlich-rechtlicher Organe lediglich kurz gestreift werden. Eine eingehendere Erörterung dieses Problems würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Etwas ausführlicher werden wir uns dagegen im folgenden mit der rechtlichen Stellung von privatrechtlichen Organen befassen.

15.2.4.2 Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit von privatrechtlichen Organen

(A) ALLGEMEINES

Nach der h. L. und Praxis sind Organe "Teile der juristischen Person", welche mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht parteifähig sind.⁶⁴⁸ Es sind in der Lehre aber auch Stimmen anzutreffen, die sich für die Anerkennung einer beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit von "Teilen der juristischen Person" aussprechen. Im folgenden findet die Frage einer beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Verwaltung und Kontrollstelle bei den juristischen Personen des Handelsrechts⁶⁴⁹ - bei den Organen i. e. S.⁶⁵⁰ - sowie die Frage einer beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Zweigniederlassung und der Sektion - Organe i. w. S.⁶⁵¹ - Behandlung.

⁶⁴⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 19; Ottomann S. 5; BGE 54 II 254.

⁶⁴⁹ Eine Klage der Hauptversammlung (deutsche Terminologie) aus eigenem Recht scheidet nach Bauer (S. 103 mit Hinweisen) mangels eigenständiger korporativer Binnenstruktur aus.

⁶⁵⁰ Vgl. zum Organbegriff Forstmoser in FS für Meier-Hayoz S. 125ff.

⁶⁵¹ Vgl. etwa Ottomann (S. 5), welcher die Zweigniederlassung als Teil der juristischen Person bezeichnet.

Das selbständige Auftreten der Organe i. e. S. im Zivilprozess stellt nach der herrschenden Konstruktion immer den eigenartigen und verpönten Fall eines Insichprozesses⁶⁵² und damit eine Durchbrechung des Zweiparteienprinzips dar. Das selbständige prozessuale Auftreten der Organe i. e. S. betrifft, wie zu zeigen sein wird, ausschliesslich Fragen des Innenverhältnisses⁶⁵³ - die ausdrücklich geregelten Fälle von Art. 706/808 und 891 OR⁶⁵⁴ sowie die nicht ausdrücklich geregelten übrigen innerkörperschaftlichen Organklagen -. ⁶⁵⁵ Bei der Untersuchung der beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit der Zweigniederlassung ⁶⁵⁶ und der Sektion⁶⁵⁷ ist dagegen die rechtliche Verselbständigung dieser Gebilde im Innen- und im Aussenverhältnis darzulegen. Der kurze Exkurs über die Erscheinung des "Konzers" soll den Organcharakter von abhängigen Gesellschaften und darüberhinaus die verwandte Struktur aller Personenvermögenskomplexe⁶⁵⁸ deutlich machen.

⁶⁵² Zum Problem des sog. "Insichprozesses" vgl. die eingehende Darlegung bei Bauer (S. 67ff); zum Zweiparteiensystem vgl. ferner etwa Walder § 1 Rz 9ff.

⁶⁵³ Vgl. Bauer (S. 50), der betont, dass aus einer relativen Innenrechtsfähigkeit der Organe keine Rechtsfähigkeit für den aussenrechtlichen Bereich abgeleitet werden darf.

⁶⁵⁴ Vgl. 15.2.4.2(baa) hiernach.

⁶⁵⁵ Vgl. 15.2.4.2(bab) hiernach.

⁶⁵⁶ Vgl. 15.2.4.2(bb) hiernach.

⁶⁵⁷ Vgl. 15.2.4.2 (bc) hiernach.

⁶⁵⁸ Vgl. 15.2.4.2(bd) hiernach.

(B) IM BESONDEREN

(ba) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Organe i. e. S.⁶⁵⁹

(baa) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Verwaltung aufgrund von Art. 706, 808 und 891 OR

Es ist von der h. L. ⁶⁶⁰ allgemein anerkannt, dass aus besonderen, im materiellen Recht liegenden Gründen der Verwaltung einer AG, GmbH und Genossenschaft Parteifähigkeit zuzuerkennen ist, "um diese Organe in die Lage zu setzen, Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen mit Klage (gegen die Gesellschaft bzw. Genossenschaft - nicht gegen die Generalversammlung!⁶⁶¹) anzufechten."⁶⁶² Dabei wird die Verwaltung für die Anfechtungsklage erst durch einen Mehrheitsbeschluss parteifähig, ist also nur als Organ zur Klage legitimiert.⁶⁶³

Nach der h. L. handelt es sich hier wiederum um einen Fall eines parteifähigen aber rechtsunfähigen Gebildes. M.E. liegt es aber auch hier nahe, gerade aus der Parteifähigkeit zu folgern, dass wenigstens eine beschränkte Rechtsfähigkeit vorliegt.⁶⁶⁴ Die Parteifähigkeit der Verwaltung aufgrund von Art. 706, 808 und 891 OR kann m.E. ferner als

⁶⁵⁹ Im Rahmen dieser Arbeit findet nur die zivilprozessuale Parteifähigkeit Behandlung. Die Zuerkennung von Parteifähigkeit an Organe findet sich als parallele Erscheinung auch in anderen Verfahrensrechten. So kommt z. Bsp. bestimmten Konkursorganen (vgl. Amonn, Grundriss S. 54) Parteifähigkeit im Beschwerdeverfahren des SchKG zu.

⁶⁶⁰ Sträuli/Messmer § 27/28 N. 2 a. E.

⁶⁶¹ Vgl. dazu auch Bauer (S. 103 Fn. 85), der die Rolle der Hauptversammlung (deutsche Terminologie) im Rahmen der Problematik des aktienrechtlichen Organstreits als eine untergeordnete bezeichnet hat.

⁶⁶² Walder § 8 Rz 7.

⁶⁶³ Rohrer S. 78 mit Hinweisen.

⁶⁶⁴ Grunsky, Grundlagen S. 264f; Bauer S. 50ff.

eine vom Klagegrund abhängige bezeichnet werden.⁶⁶⁵ Abzulehnen ist an dieser Stelle die Meinung Guldener's⁶⁶⁶, welcher die Vorschriften der Art. 706, 808 und 891 OR als "singulärer Art" ansieht. Als eine Ausnahmeerscheinung scheint auch Vogel die Parteifähigkeit der Verwaltung einer AG, GmbH und Genossenschaft zu werten, denn er hebt kursiv die lediglich aktive Parteifähigkeit der Verwaltung hervor.⁶⁶⁷ M.E. stellen aber die Art. 706, 808, 891 OR lediglich die ausdrückliche Regelung eines Falles von weiteren möglichen innerkörperschaftlichen Organstreiten dar. Ich bin insbesondere auch der Meinung, dass den Organen i. e. S. auch passive Parteifähigkeit zukommen kann.

(bab) Fälle von nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten

innerkörperschaftlichen Organstreiten

Dass Rechtssätze nicht nur im "interpersonalen (Aussen-)Bereich"⁶⁶⁸ sondern auch im "intrapersonalen (Innen-)Bereich"⁶⁶⁹ bestehen, ist was die Rechtsperson Staat anbelangt, eine alte Erkenntnis.⁶⁷⁰ Bauer⁶⁷¹ hat dargelegt, dass das Vorhandensein von Rechtsbeziehungen zwischen Organen nicht auf das Verwaltungsrecht beschränkt ist, sondern auch mit Bezug auf die juristischen Personen des Zivilrechts seine Gültigkeit hat. Er unterscheidet zwischen dem "Innenrecht" und dem "Aussenrecht" der juristischen Personen.⁶⁷² Gestützt auf Fabricius⁶⁷³ erkennt er den Organen von juristischen

⁶⁶⁵ Gl. M. Neumann S. 93.

⁶⁶⁶ Guldener S. 127.

⁶⁶⁷ Vogel § 22 N. 9.

⁶⁶⁸ Zum Ausdruck vgl. Bauer S. 31.

⁶⁶⁹ Zu den Ausdruck vgl. Bauer S. 31.

⁶⁷⁰ Bauer S. 31.

⁶⁷¹ Bauer ebd. S. 31.

⁶⁷² Bauer S. 27ff.

Personen für den Bereich des Innenrechts eine relative Rechtsfähigkeit zu.⁶⁷⁴ und bezeichnet sie als Zuordnungssubjekte, die nur in ein Teilgebiet der Rechtsordnung hineingestellt sind und in diesem Bereich Adressat von Einzelzuweisungen sind. Das Bestehen von Einzelrechtszuweisungen an die Organe von juristischen Personen kann auch im schweizerischen Recht nachgewiesen werden: Dem Verwaltungsrat und der Kontrollstelle sind durch das Gesetz verschiedene Befugnisse und Pflichten zugeordnet.⁶⁷⁵

Folgt man der Ansicht Bauers mit Bezug auf die Existenz eines innerkörperschaftlichen Innenrechts, so stellt sich in der Folge die Frage nach der Klagbarkeit dieser Interorganrechte.⁶⁷⁶ In Übereinstimmung mit Bauer sind wir der Ansicht, dass den Organen durch die Innenrechtsätze eine Rechtsstellung zugewiesen ist, die sie im Streitfall grundsätzlich zur eigenständigen gerichtlichen Durchsetzung ihrer Zuständigkeiten berechtigt und dass ihnen zu diesem Zweck parallel zur Zuerkennung relativer Rechtsfähigkeit⁶⁷⁷ auch relative Parteifähigkeit⁶⁷⁸ zuzuerkennen ist. Anzuführen ist, dass zufolge der eigenständigen Parteistellung der Organe auch kein unzulässiger Insichprozess vorliegt.

Die h. L.⁶⁷⁹ fasst im Gegensatz dazu die Klage eines "Organs" wegen rechtswidrigen Handelns eines anderen Organs nicht als Rechtsstreit zwischen diesen Kompetenzträgern, sondern als einen im Namen der Gesellschaft geführten Rechtsstreit gegen das rechtswidrig

⁶⁷³ Fabricius S. 235f.

⁶⁷⁴ Bauer S. 34.

⁶⁷⁵ Vgl. etwa Art. 721ff, 727ff, 768, 808ff, 891, 897, 898/899, 902ff OR.

⁶⁷⁶ Bauer S. 50ff.

⁶⁷⁷ Bauer S. 50ff.

⁶⁷⁸ Bauer S. 72f/78ff.

⁶⁷⁹ Statt vieler von Greyerz S. 292.

handelnde Organmitglied auf. Die Aberkennung der passiven Parteifähigkeit bei den Gesellschaftsorganen nötigt insbesondere dazu, die Klage gegen Einzelpersonen zu erheben, was zu Schwierigkeiten bei Aenderung der Besetzung führen kann und die Frage nach dem Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft aufwirft.⁶⁸⁰

Die zivilprozessuale Konstruktion der h. L., wonach "innenrechtliche" Streitigkeiten als Auseinandersetzung der Gesellschaft mit den einzelnen Organmitgliedern begriffen werden, kommt nicht von ungefähr sondern ist eine Konsequenz des materiellrechtlichen Verständnisses, wonach die im Gesetz umschriebenen Pflichten und Befugnisse nicht den Organen als solchen sondern deren jeweiligen Mitgliedern zugerechnet werden. Es darf aber daran gezweifelt werden, dass dies die zutreffende Auslegung des Gesetzes ist.⁶⁸¹ Schon vom Wortlaut des Gesetzes her - der Gesetzgeber unterscheidet sehr wohl zwischen dem Organ und den einzelnen Organmitgliedern⁶⁸² - kann gefolgert werden, dass das Gesetz gewisse Aufgaben dem Organ und nicht seinen Mitgliedern zuweist. Im Hinblick auf den möglicherweise wechselnden Mitgliederbestand von solchen Organen wird aber vollends deutlich, dass es dem Gesetz primär darum geht, dass die dem Organ zugewiesenen Aufgaben erfüllt werden und es ihm gleichgültig ist, welches Organmitglied die einzelnen Organaufgaben tatsächlich wahrnimmt.⁶⁸³

Wir lehnen aus diesen Gründen die herrschende Konstruktion ab und postulieren die Zuerkennung beschränkter Rechts- und Parteifähigkeit an die Organe i. e. S. in dem Ausmasse, als sie vom Gesetzgeber

⁶⁸⁰ Schmidt ZZP 92 S. 222.

⁶⁸¹ Mit Bezug auf das deutsche Recht gl. M.: Bauer S. 52.

⁶⁸² Vgl. etwa der Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR "Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen..." mit dem Wortlaut des Art. 724 OR "Die Verwaltung ist dafür verantwortlich...".

⁶⁸³ Mit Bezug auf das deutsche Recht vgl. Bauer S. 52.

als Rechtszuordnungspol und als Pflichtenträger behandelt werden.⁶⁸⁴

(bb) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Zweigniederlassung

(bba) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung

Nach der h. L. und Praxis besitzt die Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist lediglich in gewissen Beziehungen durch ausdrückliche gesetzliche Regelung rechtlich verselbständigt.⁶⁸⁵ Die gewisse rechtliche Verselbständigung wird dabei u. a. im besonderen Gerichtsstand der Zweigniederlassung (Art. 642 Abs. 3 OR) gesehen, welcher für Ansprüche gegeben ist, die mit dem Geschäftsbetrieb der Filiale im Zusammenhang stehen.⁶⁸⁶ Diese in der Rechtssprechung und Lehre weitgehend bestehende Einigkeit bezüglich der rechtlichen Unselbständigkeit und vollkommenen rechtlichen Abhängigkeit vom Hauptunternehmen ist erstaunlich angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelung, welche keine Umschreibung des Begriffes der Zweigniederlassung enthält sondern diesen Begriff in Art. 642 OR, 718 OR sowie in der HRV voraussetzt.⁶⁸⁷ Die weitgehende Übereinstimmung in der Lehre und Praxis ist auch deshalb eher ungewöhnlich, weil die Zweigniederlassung im Rechtsverkehr gegenüber Dritten sehr selbständig auftritt und die Anerkennung einer weiterreichenden rechtlichen Verselbständigung der Zweigniederlassung den Bedürfnissen der Praxis eher entgegenkommen und mit der Rechtswirklichkeit mehr in Einklang stehen dürfte als die herrschende Konstruktion.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ Für weitere Einzelheiten mit Bezug auf das Phänomen der Interorganklagen kann auf die eingehende Behandlung dieser Fragen bei Bauer verwiesen werden.

⁶⁸⁵ Forstmoser, Schweiz. Aktienrecht § 14 N. 16 mit Hinweisen; Ottomann (S. 8) bezeichnet die Zweigniederlassung mangels eigener Rechtspersönlichkeit einzelner "Teile" einer Gesellschaft als parteiunfähig; vgl. ferner Pra 71 N. 239 E. 1 mit Hinweisen.

⁶⁸⁶ Forstmoser ebd. § 14 N. 55f.

⁶⁸⁷ Forstmoser ebd. § 14 N. 2; vgl. ferner Pra 74 Nr. 138 E. 5b.

Immerhin ist die Lehrmeinung von der völligen rechtlichen Unselbständigkeit der Zweigniederlassung im schweizerischen Schrifttum nicht völlig unwidersprochen geblieben. So hat Gutzwiller⁶⁸⁹ als Rechtswirkung des Handelsregistereintrages der Zweigniederlassung die Erlangung des Rechts der Persönlichkeit (Art. 52 OR) bezeichnet. "An die Verleihung der Verbandspersönlichkeit knüpft sich" seiner Meinung nach im weiteren "naturgemäss ein eigener Gerichtsstand"⁶⁹⁰. Gutzwiller stellt sich damit gleich in mehrfacher Hinsicht in Gegensatz zu der h. L.: Nach der h. L. hat der Handelsregistereintrag lediglich deklaratorische Bedeutung.⁶⁹¹ Der besondere Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung besteht ferner nach der h. L. unabhängig vom Handelsregistereintrag auch schon vor der Eintragung.⁶⁹²

M.E. sollte einer Zweigniederlassung unabhängig vom Handelsregistereintrag eine auf ihr Tätigkeitsgebiet beschränkte Rechtsfähigkeit zuerkannt werden. M.E. ist eine solche Konzeption der Zweigniederlassung sachgemässer als die theoretische Konstruktion der h. L.

M.E. sollte dabei eine beschränkte rechtliche Verselbständigung der Zweigniederlassung nicht nur im Aussenverhältnis - im Rechtsverkehr mit Dritten - anerkannt werden sondern in gewissem Rahmen auch im Innenrechtsverhältnis.

⁶⁸⁸ So wird etwa im Rahmen des internationalen Privatrechts für die Bestimmung des massgeblichen Rechts regelmässig an den Sitzort der Zweigniederlassung angeknüpft (vgl. Vischer zit. in Gauch S. 347). Die Konstruktion der h. L. - völlige rechtliche Unselbständigkeit der Zweigniederlassung - erweist sich denn auch bei der Lösung von Rechtsproblemen bei international privatrechtlich gelagerten Sachverhalten als problematisch.

⁶⁸⁹ Gutzwiller zu Art. 837 OR N. 14.

⁶⁹⁰ Gutzwiller zu Art. 837 N. 14.

⁶⁹¹ Forstmoser, Schweiz. Aktienrecht § 14 N. 42.

⁶⁹² Forstmoser ebd. § 14 N. 43.

Beschränkte Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung

im Aussenverhältnis:

Der Abschluss von Rechtsgeschäften gehört zur ordentlichen Aktivität der Zweigniederlassung:⁶⁹³Nach der h. L. werden diese Rechtsgeschäfte aber im Namen und auf Rechnung des Geschäftsinhabers⁶⁹⁴, nicht aber im Namen und auf Rechnung der Zweigniederlassung selbst⁶⁹⁵geschlossen. Dies ist eine Konsequenz der Versagung jeglicher Rechtsfähigkeit an die Zweigniederlassung durch die h. L.⁶⁹⁶Dennoch wird eingeräumt, dass die Zweigniederlassung nach der herrschenden Lehre und Ueberlieferung eine Lebenserscheinung ist, die auch allein bestehen könnte.⁶⁹⁷Nach von Steiger⁶⁹⁸ verfügt denn auch die Zweigniederlassung entgegen der h. L. über eine gewisse Selbständigkeit zum Abschluss von Geschäften auf eigene Rechnung. Abgesehen von wenigen Mindermeinungen⁶⁹⁹besteht aber in der Lehre, wie schon dargelegt worden ist, dank der noch ungebrochenen Herrschaft der dualistischen Lehre weitgehende Uebereinstimmung bezüglich der Rechtsnatur der Zweigniederlassung. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung dieser Frage kann jedoch mit guten Gründen die zur h. L. in Gegensatz stehende Auffassung einer beschränkten Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung vertreten werden. Wenn man sich an der Rechtswirklichkeit orientiert, kann man unschwer feststellen, dass zwischen Konzernbetrieben, die von

⁶⁹³ Gauch N. 746.

⁶⁹⁴ Gauch N. 747.

⁶⁹⁵ Gauch N. 749.

⁶⁹⁶ Statt vieler Gauch N. 672.

⁶⁹⁷ Gauch N. 641 mit Hinweisen.

⁶⁹⁸ von Steiger ZBJV 67 (1931) S. 322.

⁶⁹⁹ Gutzwiller zu Art. 837 OR N. 14; von Steiger ZBJV 67 (1931) S. 322.

Tochtergesellschaften betrieben werden, und zwischen gewöhnlichen Zweigniederlassungen in rechtstatsächlicher Hinsicht des öfteren keine oder nur graduelle Unterschiede auszumachen sind. Gauch⁷⁰⁰ hat denn auch eindrücklich dargelegt, dass die Wahl zwischen Zweigbetrieb und Konzernbetrieb vielfach unter dem Gesichtspunkt getroffen wird, gewisse Gesetzesbestimmungen zu "umgehen"⁷⁰¹ oder die "Zugehörigkeit des Gliedbetriebes zum Gesamtbetrieb nach aussen zu verheimlichen"⁷⁰². M.E. sollte die rechtlich völlig unterschiedliche Erfassung von identischen Lebenssachverhalten - eine Zweigniederlassung kann ja sogar um einiges selbständiger sein als ein Konzernbetrieb, der von einer vollkommen abhängigen Tochtergesellschaft betrieben wird - aufgegeben werden. Die Zuerkennung beschränkter Rechtsfähigkeit an die Zweigniederlassung liegt zwar nicht auf der Linie der subjektiv historischen Auslegung, ist jedoch das Ergebnis einer teleologischen zeitgemässen Auslegung des Gesetzes.

Rechtliche Verselbständigung der Zweigniederlassung im Innenverhältnis

Gauch⁷⁰³ hat darauf hingewiesen, dass in vielen Gesamtbetrieben die Zweigbetriebe wie Rechtssubjekte behandelt werden, dass sie im Verhältnis zu anderen Betrieben des Gesamtbetriebes wie Gläubiger und Schuldner auftreten und die Abmachungen ihrer Mitarbeiter intern als "Verträge" bezeichnet werden, aus denen buchhalterische "Forderungen" und "Schulden" der beteiligten Betriebe erwachsen. Gauch⁷⁰⁴ hat ferner ausgeführt, dass solche Abmachungen innerhalb des Gesamtbetriebes rechtswirksam sind. Solche Erkenntnisse sollten

⁷⁰⁰ Gauch N. 281ff.

⁷⁰¹ Gauch N. 288, 300.

⁷⁰² Gauch N. 297.

⁷⁰³ Gauch N. 1614f.

⁷⁰⁴ Gauch N. 1615.

m.E. aber dazu führen, Zweigniederlassungen in dem Ausmass, als sie im Innenbereich als rechtlich verselbständigt erscheinen, auch eine beschränkte Rechtsfähigkeit im Innenrecht zuzuerkennen.

Die h. L. betrachtet die Zweigniederlassung als rechtsunfähig und damit auch als vermögensunfähig. Wohl wird zugegeben, dass das sog. Vermögen der Zweigniederlassung funktionell getrenntes Vermögen darstellt.⁷⁰⁵ Diesem Sondervermögen wird aber eine rechtliche Verselbständigung aberkannt. Im Gegensatz zur h. L. ist m.E. jedoch der Zweigniederlassung relative Rechtsfähigkeit zuzuerkennen: Es handelt sich dabei m.E. um einen beschränkt rechtsfähigen Vermögenskomplex sui generis.

(bbb) Beschränkte Parteifähigkeit der Zweigniederlassung

Nach der h. L. und Praxis ist die Zweigniederlassung nicht parteifähig.⁷⁰⁶ Diese Lehrmeinung gründet sich darauf, dass die Zweigniederlassung mit der Hauptniederlassung eine rechtliche Einheit bildet.⁷⁰⁷ Im Gegensatz zur h. L. ist m.E. jedoch parallel zur Zuerkennung relativer Rechtsfähigkeit eine auf das eigene Wirkungsfeld der Zweigniederlassung beschränkte Parteifähigkeit sachgemässer. Dabei sollte auch hier entsprechend der beschränkten rechtlichen Verselbständigung nach aussen und nach innen der Zweigniederlassung eine beschränkte Parteifähigkeit sowohl in Prozessen mit Dritten als auch in Prozessen mit dem Stammhaus bzw. mit anderen Zweigniederlassungen der Hauptniederlassung zuerkannt werden. Zufolge des funktionellen Zusammenhangs zwischen der zivilprozessualen und der betriebsrechtlichen Parteifähigkeit wäre es,

⁷⁰⁵ Gauch N. 87.

⁷⁰⁶ Ottomann S. 5; Gauch S. 430ff insbes. N. 1949f; interessant m.E. dagegen BGE 68 I 115, wo das Bundesgericht (obiter) ausgeführt hat, dass das kantonale Recht über die Parteifähigkeit einer Zweigniederlassung befinde. Interessant ist ferner, dass in der zürcherischen Praxis ein Fall aufgetreten ist, wo als beklagte Partei die Zweigniederlassung einer juristischen Person bezeichnet worden ist (ZR 73 Nr. 97).

⁷⁰⁷ Sträuli/Messmer §§ 27/28 N. 3 mit Hinweisen.

wenn man dieser Meinung folgen will, dann aber auch notwendig, die Zweigniederlassung als aktives und passives Subjekt im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren zu betrachten.⁷⁰⁸

(bc) Beschränkte Rechts- und Parteifähigkeit der Sektionen

(bca) Beschränkte Rechtsfähigkeit der Sektionen

Die rechtliche Qualifikation von Sektionen bereitet in der Rechtspraxis oft Mühe:⁷⁰⁹ Um der bestehenden Unsicherheit zu begegnen, zieht Heini eine klare Trennungslinie zwischen Organ-Sektionen, welche einen integrierenden Bestandteil des "Ganzen" sind und kein selbständiges Dasein führen, und jenen Gebilden, welche ungenau auch als Sektionen bezeichnet werden und welche über die Rechtspersönlichkeit verfügen.⁷¹⁰ Auch Egger hat zwischen verbandartigen Zusammenschlüssen mit föderalistischer - Vereine ("Sektionen") im ganzen Land schliessen sich zum Landesverband zusammen - und mit zentralistischer Struktur - es gibt nur einen Verein, der in rechtsunfähige Sektionen gegliedert ist - unterschieden. Interessant ist dabei aber die Bemerkung Eggers⁷¹¹, wonach das Rechtsleben mit Mischformen zu rechnen hat, "die es immer wieder gibt".⁷¹² Egger hat denn auch mit Bezug auf die Sektionen, die er unter den Terminus "Vereine ohne Rechtspersönlichkeit" eingestuft hat, von "relativer Verselbständigung" und von einem geringerem Mass

⁷⁰⁸ Vgl. dagegen statt vieler Gauch N. 2011; vgl. ferner Kapitel VI hiervoor und 24.1.2 hiernach.

⁷⁰⁹ Heini S. 569 Fn. 66 mit Hinweisen.

⁷¹⁰ Heini S. 568f.

⁷¹¹ Egger, Sektionen S. 21f.

⁷¹² Egger S. 22.

rechtlicher Verselbständigung gesprochen.⁷¹³ In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen von Halter.⁷¹⁴ Den praktischen Bedürfnissen kann nach seiner Ansicht am ehesten entsprochen werden, wenn man beim selbständigen Auftreten der Sektion im Verkehr die Vermutung der Rechtsfähigkeit eintreten lässt. Noch weiter geht Halter bezüglich der rechtlichen Verselbständigung der Sektion im Innenverhältnis: "Für den Verband ist nämlich jede Sektion, sei sie rechtsfähig oder nicht, ein eigener körperschaftlicher Organismus, der einen Bestandteil der eigenen Organisation ausmacht. Im Verhältnis zum Verband muss deshalb jede nichtrechtsfähige Sektion als eine einheitliche Körperschaft aufgefasst werden, nicht etwa als ein aus lauter Einzelbindungen zusammengesetztes Gebilde, wie es die Gesellschaft ist. Die Behandlung der nichtrechtsfähigen Sektion im Verhältnis zum Verband ist also dieselbe, wie sie für die sektionsinternen Angelegenheiten zur Anwendung gelangt, sie wird als Quasi-Körperschaft behandelt."⁷¹⁵ M.E. wird man dem Wesen der Sektionen am ehesten durch die Zuerkennung einer auf die Sektionsangelegenheiten beschränkten Rechtsfähigkeit gerecht. Halter hat die geltende gesetzliche Regelung, welche die Auffassung des nichtrechtsfähigen Vereins als Gesellschaft vorschreibt im Zusammenhang mit dem Wesen der Sektion als "gekünstelt und nicht den wahren Bedürfnissen angepasst" bezeichnet.⁷¹⁶ Da m.E. selbst der einfachen Gesellschaft eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuzuerkennen ist, nehmen wir an Art. 62 ZGB weniger Anstoss. Die heutige Regelung (Art. 62 ZGB) erweist sich aber auch aus meiner Sicht als unbefriedigend, da die Zuerkennung passiver Rechtsfähigkeit an die Sektionen mit dem geltenden Recht (Art. 62 i. V. m. Art. 544 Abs. 3 OR) nicht vereinbar ist.

⁷¹³ Egger S. 26.

⁷¹⁴ Halter S. 96.

⁷¹⁵ Halter S. 100/101.

⁷¹⁶ Halter S. 101:

(bcb) Beschränkte Parteifähigkeit der Sektionen

Entsprechend der Zuerkennung relativer Rechtsfähigkeit ist m. E. allen Sektionen eine auf die Sektionsangelegenheiten beschränkte Parteifähigkeit zuzuerkennen. Für die h. L. steht dagegen die Zuerkennung einer beschränkten Parteifähigkeit an "nichtrechtsfähige" Sektionen nicht zur Diskussion. Selbst Egger, der sich für die Anerkennung der relativen Verselbständigung der Sektion ohne eigene Rechtspersönlichkeit verwendet hat⁷¹⁷, schliesst die Zuerkennung der Parteifähigkeit an solche Sektionen aus. Seiner Meinung nach fehlt einem Verein, dem keine Rechtspersönlichkeit zukommt, die prozessuale Rechtsfähigkeit.⁷¹⁸

(bd) Exkurs: Zum Konzern und seinen abhängigen Gesellschaften

(bda) Relative Rechtsfähigkeit des Konzerns sowie seiner
abhängigen Gesellschaften

In der Schweiz wird die Fiktion der vollkommenen rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Selbständigkeit der einem Konzern zugehörigen Gesellschaften nach wie vor aufrechterhalten. Dass diese Konstruktion der Rechtswirklichkeit nicht mehr gerecht wird, ist in der Lehre dabei weitgehend anerkannt.⁷¹⁹ Mit dem Erkennen des Konzerns als rechtlicher Einheit unter einer einheitlichen Leitung⁷²⁰ und dem Begreifen der abhängigen Gesellschaften als relativ rechtsfähige Organe⁷²¹ des Ganzen wäre ein erster Schritt zu einem sachgerechteren Verständnis des

⁷¹⁷ Egger S. 26.

⁷¹⁸ Egger S. 30/31; er erwähnt an dieser Stelle auch, dass diesen Gebilden auch die passive Betreuungsfähigkeit fehle. Dies erscheint aus seiner Sicht folgerichtig. Vgl. zur notwendigen Kongruenz zwischen der Parteifähigkeit im Zivilprozess und derjenigen im Betreibungsverfahren Kapitel VI hiervoor sowie 24.1.2 hiernach.

⁷¹⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser § 19 N. 22ff.

⁷²⁰ Nach der h. L. ist der Gesamtbetrieb Konzern aber völlig rechtsunfähig (statt vieler Gauch N. 1617 und N. 70; sowie N. 1727).

⁷²¹ Die h. L. verabsolutiert die Rechtsfähigkeit der Konzernpersonen (statt vieler Gauch N. 1620 und N. 1727).

Phänomens "Konzern" getan. Es müsste dabei im weiteren der Grad der rechtlichen Verselbständigung der abhängigen Gesellschaften im Innen- und Aussenverhältnis näher untersucht werden.

Der kurze Exkurs über das Phänomen "Konzern" sollte deutlich machen, dass alle im Rechtsverkehr auftretenden Personen-Vermögenskomplexe verwandte Strukturen aufweisen. Mit dem Festhalten an überholten rechtlichen Konstruktionen - gemeint ist die verabsolutierte juristische Person - läuft die Rechtswissenschaft Gefahr, sich dem Vorwurf der Weltfremdheit auszusetzen. Sie würde m.E. daher gut daran tun, die juristischen Modelle einer soziologischen Betrachtungsweise anzunähern.

(bdb) Relative Parteifähigkeit des Konzerns sowie seiner
abhängigen Gesellschaften

Parallel zum Abrücken von einer verabsolutierten Betrachtungsweise im Zivilrecht sollte auch die Prozessrechtswissenschaft zu einem relativierten Verständnis der Parteifähigkeit des Konzerns sowie seiner abhängigen Gesellschaften gelangen.

Teil 5

INTERDEPENDENZ ZWISCHEN DER PARTEIFÄHIGKEIT UND
BESTIMMTEN INSTITUTEN DES ERKENNTNIS- UND
VOLLSTRECKUNGSVERFAHRENS

Kapitel XVI

NEBENPARTEIEN

16.1 Nebenintervention

In gewissen Fällen besteht ein praktisches Bedürfnis dafür, Personen als Nebenintervenienten in Verfahren zuzulassen, an welchen sie bereits selber beteiligt sind. Walder⁷²² erwähnt als Beispiel den Eintritt eines nicht zur eigenen Prozessführung berechtigten Gesellschafters als Nebenintervenient in den Prozess der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. In diesen besonderen Fällen sieht Walder⁷²³ von der Grundvoraussetzung ab, wonach die Nebenintervention nur zulässig ist, wenn der Prozess zwischen anderen Personen rechtshängig ist. Wenn man aber die eigenständige, materielle Parteifähigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft anerkennt - um beim Fall der Personengesellschaft zu bleiben -, stellt sich die Teilnahme eines Gesellschafters als Nebenintervenient am Gesellschaftsprozess nicht als Kuriosität dar sondern als

⁷²² Walder § 13 Rz 13.

⁷²³ Walder § 13 Rz 13.

gewöhnlicher Fall einer Nebenintervention, wo ein Dritter in einen fremden, zwischen anderen Personen hängigen Streit eintritt.⁷²⁴

Guldener hat weitere derartige Sonderfälle von Nebenintervention⁷²⁵ aufgeführt, die mit dem Konzept der h. L. eigentlich nicht vereinbar sind. So kann ein Bedürfnis nach Zulassung der Ehefrau als Nebenintervenientin in den von ihrem Ehemann geführten Prozess um eingebrachtes Frauengut bestehen.⁷²⁶ Betrachtet man entgegen der h. L. nicht die Ehefrau als Prozesspartei sondern das Frauengut als parteifähiges Sondervermögen, so bildet das möglicherweise Auftreten der Ehefrau als Nebenintervenientin in einem solchen Prozess keine Besonderheit. Guldener erwähnt ferner das Auftreten des Gemeinschuldners als Nebenintervenient im Prozess der Konkursmasse, was bei Anerkennung der eigenständigen Parteistellung der parteifähigen Konkursmasse auch keine Anomalie darstellt. Interessant ist im weiteren der von Guldener⁷²⁷ im Rahmen seiner Ausführungen zum Institut der Nebenintervention angeführte Fall, wonach bei einer notwendigen Streitgenossenschaft ein Streitgenosse zugunsten eines anderen Streitgenossen zugelassen werden kann, sofern dieser in der Prozessführung säumig ist: Auch die Nebenintervention eines Streitgenossen auf Seiten der notwendigen Streitgenossenschaft bereitet keine Mühe, wenn man die notwendige Streitgenossen-

⁷²⁴ von Steiger (S. 531f), der den Personengemeinschaften auch eine eigentliche Parteifähigkeit zuerkennt (S. 531: "Im Prozess entspricht der Rechtsfähigkeit die Parteifähigkeit.") hat die Möglichkeit des Gesellschafters zur Nebenintervention im Gesellschaftsprozess folgendermassen begründet (S. 532): "Aus materiellrechtlichen Gründen ist dem Gesellschafter auch die Möglichkeit gegeben, sich als Nebenintervenient am Gesellschaftsprozess zu beteiligen. Er haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, das im Gesellschaftsprozess ergangene Urteil ist für ihn verbindlich (unter Vorbehalt persönlicher Einreden (...)), und er hat daher ein rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses.

⁷²⁵ Guldener S. 307.

⁷²⁶ Lemp zu Art. 168 N. 11; Egger zu Art. 168 N.7.

⁷²⁷ Guldener S. 307.

schaft als kollektive Gesamtpartei versteht.⁷²⁸Nater⁷²⁹ hat sich schliesslich dafür ausgesprochen, dass die Miterben zufolge fehlender Prozessführungsbefugnis als Nebenintervenienten im Prozess zuzulassen sind, der vom gesetzlichen Vertreter ihrer Erbschaft geführt wird. Die Zulassung der einzelnen Erben zur Nebenintervention im Erbschaftsprozess bedarf aber keiner besonderen Begründung, wenn man den gesetzlich vertretenen Nachlass als parteifähiges Sondervermögen betrachtet.

Zufolge der Zuerkennung echter Parteifähigkeit an die Personengesellschaft, die Erbmasse und die Konkursmasse u.s.w sind aber auch die umgekehrten Fälle denkbar, in denen eine Personengesellschaft (Erbmasse, Konkursmasse usw.) im Prozess eines Gesellschafters (bzw. Erben, Gemeinschuldners) als Nebenintervenient teilnimmt. Am rechtlichen Interesse an einer solchen Nebenintervention fehlt es dabei jedoch durchwegs, weil das gegen einen Gesellschafter (bzw. Erben, Gemeinschuldner etc.) ergangene Urteil nicht zur Vollstreckung in das Sondervermögen (Gesellschaftsvermögen, Erbmasse, Konkursmasse etc.) berechtigt.

16.2 Streitverkündung

Wenn man die eigenständige, materielle Parteifähigkeit von bestimmten nach der h. L. rechtsunfähigen Personenverbindungen und Vermögensmassen⁷³⁰ anerkennt, so werden Fälle der Streitverkündung denkbar, wo die als Parteien in einem Prozess auftretenden Personenvereinigungen bzw. Vermögensmassen ein Interesse daran haben, ihren Mitgliedern bzw. den nach der h. L. formell rechtszuständigen Personen den Streit zu verkünden. Auch die umgekehrte Konstellation ist denkbar, wo ein selber prozessierendes Mitglied bzw. eine selber prozessierende nach der h. L. formell rechtszuständige Person ein Interesse daran hat, der

⁷²⁸ Vgl. unter 7.1.2 hiavor.

⁷²⁹ Nater S. 51.

⁷³⁰ Vgl. unter Teil 4 hiavor.

ausserhalb des betreffenden Prozesses stehenden Personenvereinigung bzw. Vermögensmasse den Streit zu verkünden. Solche Prozesssituationen können sich deshalb ergeben, weil zwischen der Personenvereinigung und ihren Mitgliedern bzw. zwischen der Vermögensmasse und den mit Bezug auf sie von der h. L. als formell rechtszuständig erachteten Personen Rechtsbeziehungen bestehen können, wie sie völlig voneinander unabhängige Dritte zueinander haben können. Solche Streitverkündungsfälle sind denkbar, weil es ja auch zu "Insichprozessen" zwischen Personenvereinigungen und ihren Mitgliedern bzw. zwischen der Vermögensmasse und den nach der h. L. formell rechtszuständigen Personen kommen kann. Jäger⁷³¹ hat - um die allgemeinen Ausführungen anhand eines Beispiels zu konkretisieren - die Personengesellschaft angeführt, welche dem Gesellschafter als einem interventionsfähigen Dritten auch den Streit verkünden kann, etwa weil ihr als Käuferin gegen den Gesellschafter als Verkäufer Gewährleistungsansprüche zustehen.

⁷³¹ Jäger S. 40; auch eine Hauptintervention des Gesellschafters ist nach Jäger (ebd. S. 40) wie eine andere Klage gegen die Gesellschaft statthaft.

Kapitel XVII

STREITGENOSSENSCHAFT

17.1 Einfache Streitgenossenschaft

Betrachtet man gewisse Personenvereinigungen bzw. Vermögensmassen als von ihren Mitgliedern bzw. von dem nach der h. L. formell Rechtszuständigen unabhängige, eigenständige, beschränkt rechts- und parteifähige Rechts- und Prozesssubjekte, so stellt sich die Frage, ob solche Gebilde nicht neben ihren Mitgliedern bzw. formell Rechtszuständigen im Prozess auf der Kläger- oder der Beklagten Seite als einfache Streitgenossen auftreten können. Entgegen der h. L. besteht bei der Zuerkennung eigenständiger Parteifähigkeit an solche Gebilde im Falle des Nebeneinander-Auftretens der Personenvereinigung mit ihren Mitgliedern bzw. der Vermögensmasse mit ihren nach der h. L. formell Rechtszuständigen im Prozess nicht eine Partei sondern eine Parteienmehrheit.⁷³² Als Beispiel für eine einfache Streitgenossenschaft zwischen einer Personengesellschaft und einem ihrer Gesellschafter sei der Fall genannt, wo ein Vermieter in einem Verfahren gegen zwei Mieter, gegen eine Personengesellschaft und einen ihrer Gesellschafter, aufgrund zweier Mietverträge vorgehen möchte.⁷³³

⁷³² Huber ZZP 82 S. 239f.

⁷³³ In Abwandlung des Beispiels von Walder § 11 Rz 17 (Bsp. 24).

17.2 Exkurs: Notwendige Streitgenossenschaft

Um die Möglichkeit des Bestehens einer notwendigen Streitgenossenschaft zwischen einer Personengemeinschaft und einem (oder mehrerer ihrer) Mitglied(er) (1) bzw. einer Vermögensmasse und einem (oder mehreren) formell Rechtszuständigen (2) nachzuweisen, bedienen wir uns eines Beispiels:

(1) Die Brüder X und Y sind Miteigentümer am Grundstück G. Y stirbt ohne Nachkommen und hinterlässt den Miteigentumsanteil am Grundstück G seinen Erben, zu denen auch X gehört. Miteigentümer am Grundstück G sind nach dem Tode von Y neu die Erbengemeinschaft - zu der auch X gehört - und weiterhin der Miteigentümer X. Das Grundstück G liegt neben dem Grundstück F. Die Miteigentümergemeinschaft am Grundstück G sieht sich gezwungen gegen den Eigentümer des Grundstücks F aufgrund von Art. 679 ZGB vorzugehen. In diesem Prozess bilden X und die Erbengemeinschaft - zu der auch das Mitglied X gehört auf der Klägerseite eine notwendige Streitgenossenschaft.

(2) Das Beispiel 1 ist nur insofern zu modifizieren, als nicht die Erbengemeinschaft am Nachlass des Y sondern der gesetzlich vertretene Nachlass des Y notwendiger Streitgenosse des X im betreffenden Prozess gegen den Nachbarn ist.

Die Konstellation, wonach Personengemeinschaften und ihre Mitglieder bzw. Vermögensmassen und die formell Rechtszuständigen notwendige

Streitgenossen sein können, ergibt sich allein aufgrund gewisser materiellrechtlicher Situationen⁷³⁴ und ist unabhängig davon, wie man das Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft⁷³⁵ versteht und auch unabhängig davon, ob man den in Teil 4 erörterten Gebilden echte Parteifähigkeit zuerkennt oder nicht.

⁷³⁴ Walder § 11 Rz 24.

⁷³⁵ Vgl. unter 7.1.2 hiervor.

Kapitel XVIII

PARTEIWECHSEL

Die Frage, ob in einem bestimmten Verfahren ein Parteiwechsel stattgefunden hat oder nicht, kann erst beantwortet werden, wenn man sich darüber im klaren ist, wer überhaupt als Partei in einem Prozess anzusehen ist.

In der Lehre und Praxis⁷³⁶ sind Probleme bei der Beurteilung des Vorliegens eines Parteiwechsels u. a. bei den Personengesellschaften aufgetreten. Dies ist nicht erstaunlich, steht doch nach der noch heute vertretenen Lehrmeinung der formellen Parteifähigkeit der Personengesellschaft nicht eindeutig fest, wer beim Auftreten einer solchen Gesellschaft im Prozess als Partei zu betrachten ist, die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter. Bezüglich der Personengesellschaft hat Schiller⁷³⁷ ausgeführt, dass die Anhänger der formellen Parteifähigkeit der Personengesellschaft im Falle des Gesellschafterwechsels entgegen ihrer sonstigen Ansicht in diesem Punkt der Personengesellschaft faktisch doch die Parteifähigkeit zuerkennen, da sie beim Ausscheiden bzw. Neueintreten von Gesellschaftern einen Parteiwechsel mit der Begründung ablehnen, Partei sei die Gesamtheit der Gesellschafter, während sie sonst immer von der Parteistellung der einzelnen Gesellschafter ausgehen. Je nach Standpunkt, ob man der Perso-

⁷³⁶ Vgl. dazu etwa ZR 81 (1982) Nr. 26, wo ein Parteiwechsel im Falle des Uebergangs einer einfachen Gesellschaft in eine Kollektivgesellschaft verneint worden ist; interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Ansicht Jägers, wonach die Identität der Rechtsträgerin und Partei erhalten bleibt, wenn sich beim Tode eines Mitgliedes die OHG unter Vermeidung der Auflösung und Vollbeendigung in eine Kommanditgesellschaft verwandelt (S. 47).

⁷³⁷ Schiller S. 107.

nengesellschaft eigentliche Parteifähigkeit und eigenständige Parteistellung zuerkennt oder nicht, ist man auch geteilter Meinung darüber, ob ein gegen die Personengesellschaft anhängiger Prozess im Falle der Auflösung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ohne weiteres auf die Gesellschafter übergehe oder ob in diesem Falle ein Parteiwechsel vorliegt. Schiller⁷³⁸ hat in diesem Zusammenhang dargelegt, dass eine Aenderung der Parteibezeichnung - Ersetzung des auf den Namen der Gesellschaft lautenden Rubrums durch die Namen der einzelnen Gesellschafter - von Amtes wegen sachlich einen Parteiwechsel beinhalte und damit ein Unding sei: Nach seiner Meinung büsst die scharfe Trennung des Gesetzes von Gesellschafts- und Gesellschafterprozess⁷³⁹ auch durch die Beendigung der Gesellschaft nichts an ihrer Wirksamkeit ein.⁷⁴⁰

Solche Fälle, wonach das Vorliegen eines Parteiwechsels von der Zuerkennung der Parteifähigkeit abhängt, lassen sich aber nicht nur im Bereich der Personengesellschaft feststellen. Auch die verschiedenen Ansichten bezüglich der Parteistellung der Konkursmasse, der gesetzlichen Erbenvertreter und der juristischen Personen im Gründungsstadium

⁷³⁸ Schiller S. 129; seiner Meinung nach kommt eine automatische Fortführung eines Prozesses der Gesellschaft durch die Gesellschafter dabei weder bei einem Passiv- noch bei einem Aktivprozess in Frage (S. 141).

⁷³⁹ Auch das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt diese scharfe Trennung in Gesellschafts- und Gesellschafterprozess. Eine solche scharfe Trennung wird etwa in Art. 568 Abs. 3 OR vorausgesetzt, nach welchem sich die Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft verbürgen können. Es wäre ansonsten nicht ersichtlich, wie Streitigkeiten aus solchen Bürgschaftsverträgen prozessual durchzusetzen wären.

⁷⁴⁰ Schiller S. 129; seiner Meinung nach besteht dabei die Gesellschaft bis zum Ende des Rechtsstreites fort, und es bedarf daher für ihr Fortbestehen auch keiner Fiktion (Schiller S. 142); vgl. dagegen Huber ZJP 82 S. 247ff, der in einem solchen Falle von einer nichtexistenten Partei ausgeht; für ein fingiertes Fortbestehen vgl. Jäger S. 57.

haben Auswirkungen auf die Annahme bzw. Ablehnung eines Parteiwechsels:

Bischofberger⁷⁴¹ hat bei Eintritt des Konkurses das Vorliegen eines Parteiwechsels verneint und lediglich den Wechsel der Prozessführungsbefugnis angenommen. Diesen Standpunkt konnte er aber nur einnehmen, weil er von der Parteiunfähigkeit der Konkursmasse ausgegangen ist.⁷⁴² Nach Walder⁷⁴³ tritt hingegen ein Parteiwechsel ein, wenn nach Eintritt des Konkurses ein Prozess des Gemeinschuldners von der Konkursmasse weitergeführt wird.

Wenn eine natürliche Person stirbt, während gegen sie ein Verfahren im Gange ist, treten alle nicht ausschlagenden Erben als notwendige Streitgenossen gemeinsam in den hängigen Zivilprozess ein.⁷⁴⁴ Wenn ein gesetzlicher Erbenvertreter (Art. 517, 554, 595, 602 Abs. 3 ZGB) eingesetzt wird, so tritt nach der Meinung jener, die die gesetzlichen Erbenvertreter als Prozessstandschafter betrachten, ein Parteiwechsel ein. Lehnt man hingegen das Vorliegen einer Prozessstandschaft ab und betrachtet man nach wie vor die Erben als Parteien⁷⁴⁵, oder geht man wie in der vorliegenden Arbeit von der (beschränkten) Parteifähigkeit des Personen-Vermögenskomplexes "Nachlass-Erbengemeinschaft- ev. gesetzlicher Erbenvertreter" aus⁷⁴⁶, so tritt im Falle der Bestellung eines gesetzlichen Erbenvertreters kein Parteiwechsel ein.

Nach Nikisch stellt die Eintragung der in Gründung begriffenen AG ins Handelsregister keinen Parteiwechsel dar.⁷⁴⁷ Er begründet dies

⁷⁴¹ Bischofberger S. 90ff.

⁷⁴² Bischofberger S. 92.

⁷⁴³ Walder § 15 Rz 17.

⁷⁴⁴ Bischofberger S. 96; Walder § 15 Rz 20.

⁷⁴⁵ Sträuli/Messmer § 27/28 Nr. 20.

⁷⁴⁶ Vgl. unter 14.2.2.1 und 15.2.1.2(b) hiavor.

⁷⁴⁷ Nikisch S. 113.

damit, dass die Partei nur ihre rechtliche Qualität ändere. Deshalb brauche auch die bisherige Prozessführung nicht genehmigt zu werden, wenn die Partei vor oder nach Erlangung der Parteifähigkeit durch dieselben Personen vertreten wird. Auch wir sind der Auffassung, dass in diesem Fall kein Parteiewechsel vorliegt, wir begründen dies aber damit, dass schon vor der Eintragung ins Handelsregister die Gründungsgesellschaft - und nicht die einzelnen Gesellschafter - das parteifähige Prozesssubjekt ist und dass die Gründungsgesellschaft mit der später eingetragenen AG identisch ist.

Die aufgeführten Fälle zeigen, dass es im Hinblick auf eine allfällig notwendige Entscheidung über das Vorliegen eines Parteiewechsels nicht in der Schwebe bleiben darf, wer als Partei in einem bestimmten Verfahren anzusehen ist. So dürfen m.E. nicht der Konkursverwalter bzw. gesetzliche Erbenvertreter etc. und der Gemeinschuldner bzw. die Erben gleichzeitig in einem Prozess als Parteien betrachtet werden. Aber auch wenn man sich mit Bezug auf die Zuerkennung der Parteistellung eindeutig festgelegt hat, muss man die getroffene Lösung daraufhin überprüfen, ob man faktisch nicht doch die betreffenden Massen als Partei und als parteifähig behandelt. Abgesehen von der problematischen Lehre von der Prozessstandschaft⁷⁴⁸ führt ferner auch die Lehre von der formellen Parteifähigkeit zu grossen Unsicherheiten bei der Beurteilung des Vorliegens eines Parteiewechsels.

⁷⁴⁸ Bischofberger S. 97 mit Hinweisen.

Kapitel XIX

ZEUGNISFÄHIGKEIT

Voraussetzung, um Zeugnis ablegen zu können, ist, dass man eine Drittperson und am Prozess nicht beteiligt ist. *Nemo idoneus testis in causa sua*.⁷⁴⁹ Für die Beurteilung der Zeugnisfähigkeit ist somit bedeutsam, wer in einem bestimmten Verfahren als Partei und wer als Dritter anzusehen ist. Da in den Zivilprozessordnungen heute die Beweisaussage, eine Art Zeugnis in eigener Sache, vorgesehen ist⁷⁵⁰ und da ferner die freie Beweiswürdigung gilt⁷⁵¹, besitzt die Unterscheidung zwischen der Parteibefragung und der Zeugeneinvernahme nicht mehr die frühere Bedeutung.⁷⁵² Ueberdies ist man der alten Streitfrage, wem in Grenzfällen die Partei- und wem die Zeugenstellung zukommt, dadurch begegnet, dass man die umstrittenen Fälle im Gesetz geregelt hat. Die h. L. sieht sich aus den genannten Gründen nicht dazu veranlasst, auf diesen alten Fragenkomplex einzugehen. Ich möchte dagegen anhand der Regelung bei den Personengesellschaften und anhand der - gemäss der h. L. vorkommenden - Fälle von Prozessstandschaften zeigen, dass die heutige Lösung nicht befriedigen kann:

(1.) In der Zürcher Zivilprozessordnung wird ausdrücklich festgelegt, dass, wenn eine Personengesellschaft Partei ist, die unbeschränkt haftenden Gesellschafter als Partei befragt werden (§ 151 Abs. 2

⁷⁴⁹ Walder § 29 Rz. 27.

⁷⁵⁰ Vgl. § 150 (ZH)ZPO.

⁷⁵¹ § 148 (ZH)ZPO.

⁷⁵² Sträuli/Messmer § 151 N. 1.

(ZH) ZPO). Mit dieser Regelung hat man jedoch trotz allgemeiner Billigung dieser Lösung durch die heutige Lehre nicht alle Probleme lösen können: Die Kritik Schillers⁷⁵³, wonach bei Zulassung aller Gesellschafter - sowohl der vertretungsberechtigten als auch der nicht vertretungsberechtigten - zur Parteivernehmung die Vertretungsregelung, die auch für den Prozess zu gelten hat, unbeachtet bleibt, bleibt trotz der bestehenden Regelung aktuell. Die heutige Lösung führt ferner zu Schwierigkeiten bei einer Parteivernehmung im Prozess eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft oder im Prozess zwischen zwei personengleichen Handelsgesellschaften. Auch im Gebiet des Beweisrechts erscheint somit die Beachtung der scharfen Trennung von Gesellschafts- und Gesellschafterprozess, welche der Gesetzgeber etwa bei Art. 562/602 OR sowie bei der Ermöglichung der Bürgschaft eines Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft zweifellos vor Augen hat, m.E. als notwendig. Weil es sich im Rahmen der Lehre der formellen Parteifähigkeit nicht feststellen lässt, wer im Gesellschaftsprozess nun tatsächlich die Parteirolle innehat, ob es die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sind, so dass der einzelne wie ein Dritter zu behandeln ist, oder ob es der Gesellschafter als Einzelperson ist⁷⁵⁴, zeigt sich die Fragwürdigkeit dieser Lehrmeinung auch bei der Grenzziehung zwischen Parteibefragung und Zeugeneinvernahme.

(2.) § 151 (ZH) ZPO sieht ausdrücklich vor, dass in Prozessen der Konkursmasse der Gemeinschuldner als Partei und nicht als Zeuge zu befragen ist. Der Konkursverwalter wird dagegen nach der h. L. im Masseprozess als Zeuge befragt, ebenso wie der Vertreter anderer

⁷⁵³ Schiller S. 114.

⁷⁵⁴ Vgl. dazu auch Schiller S. 113.

Sondervermögen.⁷⁵⁵Die Regelung von § 151 Abs. 3 (ZH) ZPO widerspiegelt, wenn man sie zusammen mit der von der h. L. eingenommenen Haltung zum gesamten Fragenkomplex betrachtet, die konfuse Lage im Bereich der Lehre der Prozessstandschaft: Der Prozessstandschafter, der per definitionem formell die Parteistellung innehat, wird als Zeuge einvernommen. Dennoch wird einerseits der Konkursmasse die Parteifähigkeit zuerkannt - so hat ja auch gemäss § 73 Ziff. 7 (ZH)ZPO die Konkursmasse, wenn sie (sc. als Partei) klagt, für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung Kautions zu leisten - und trotzdem der Gemeinschuldner als die eigentliche Partei angesehen, was sich in der kritiklosen Hinnahme von § 151 Abs. 3 (ZH)ZPO zeigt. Ähnlich merkwürdig gestaltet sich die Lage bei den übrigen von der h. L. als Prozessstandschaften erkannten Fälle, wie etwa bei der Liquidationsmasse (Art. 316c Abs. 2 SchKG) und bei der Erbmasse. Die h. L. nimmt auch keinen Anstoss daran, dass der Gemeinschuldner dem Prozess der Masse einerseits als Nebenintervenient beitreten und andererseits als Partei einvernommen werden kann.

Trotz der geringen praktischen Bedeutung, welche der Unterscheidung zwischen der Parteieinvernahme und der Zeugeneinvernahme zukommt, ist m.E. eine konsequente Lösung auch in diesem Bereich wünschenswert. Eine solche lässt sich aber m.E. am elegantesten mit der Zuerkennung einer eigentlichen Parteifähigkeit an bestimmte, gemäss h. L. rechtsunfähige Gebilde und mit einer eindeutigen Zuweisung der Parteirolle herbeiführen.

⁷⁵⁵ Sträuli/Messmer § 151 N. 6.

Kapitel XX

GERICHTSSTAND UND PARTEIFÄHIGKEIT

Im Schrifttum wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass zwischen dem Bestehen eines Gerichtsstandes und dem Vorhandensein der Parteifähigkeit ein Zusammenhang besteht:

(1.) So führt etwa Walder⁷⁵⁶ im Rahmen seiner Erörterung über die Vereinbarkeit von § 5 (ZH) ZPO mit Art. 59 BV aus, die Erweiterung des bundesrechtlich für eine Reihe von Klagen vorgesehenen Gerichtsstandes am letzten Wohnsitz des Erblassers auf eine gewöhnliche Forderungsklage der Erbschaftsgläubiger hänge mit der Frage zusammen, ob die Erbschaft als solche Parteifähigkeit besitze. Da nach Fritzsche/Walder⁷⁵⁷ das Zivilprozessrecht nur die einzelnen Erben als Parteien kennt, müssen sich die Erben nach dieser Meinung nicht gefallen lassen, unter dem Titel "Verlassenschaft" ausserhalb des Kantons eingeklagt zu werden.⁷⁵⁸

Demgegenüber erachtet Guldener⁷⁵⁹ aufgrund von Art. 49 SchKG ein Vorgehen der Erbschaftsgläubiger gegen die passiv parteifähige Verlassenschaft am letzten Wohnsitz des Erblassers für zulässig.

⁷⁵⁶ Walder § 7 Rz 26.

⁷⁵⁷ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3.

⁷⁵⁸ Walder § 7 Rz 28; Walder spricht dem Nachlass damit die Parteifähigkeit von der Ausnahme des Nachlasses in amtlicher Liquidation abgesehen völlig ab.

⁷⁵⁹ Guldener S. 88f.

Nach Spinner wirkt sich positiv auf die Verleihung der Parteifähigkeit an die Erbschaft der Umstand aus, dass das ZGB zwar die Erbschaft nicht als Subjekt behandelt, ihr aber durch den letzten Wohnsitz des Erblassers einen insbesondere für das Prozessrecht wichtigen, räumlichen Mittelpunkt verleiht.⁷⁶⁰

Unabhängig davon, wie man zur Parteifähigkeit der Erbschaft und zu ihrem Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers im einzelnen Stellung bezieht, hat Nater⁷⁶¹ jedoch darauf hingewiesen, dass es nicht erbrechtliche Klagen gibt, die nicht gegen die einzelnen Erben geltend gemacht werden können und wo ein Gerichtsstand für ein Vorgehen gegen alle Erben (die Erbengemeinschaft) notwendig ist. Unabhängig davon, ob man Leistungsklagen gegen den Nachlass als zulässig erachtet oder nicht, kristallisiert sich also so oder so der parteifähige Personen-Vermögenskomplex "Nachlass-Erbengemeinschaft-ev. gesetzlicher Erbenvertreter" mit dem räumlichen Mittelpunkt des letzten Wohnsitzes des Erblassers heraus. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an Gestaltungs- und Feststellungsklagen, wo nur ein Gericht allein entscheiden darf, damit es zu einer einheitlichen Entscheidung über das fragliche Rechtsverhältnis kommen kann.

(2.) Zusammenhänge zwischen dem Gerichtsstand und der Zuerkennung der Parteifähigkeit werden in der Lehre aber auch im Bereich der Personengesellschaften hergestellt:

Walder führt anlässlich der Erörterung der Parteifähigkeit der Personengesellschaften aus: "Dennoch kann gegen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft an ihrem Sitz geklagt werden, selbst wenn

⁷⁶⁰ Spinner S. 80.

⁷⁶¹ Nater S. 60.

kein einziger Gesellschafter dort seinen Wohnsitz hat."⁷⁶²

Für das deutsche Recht stellt Schiller den Zusammenhang noch deutlicher heraus: "Die OHG ist somit als ein parteifähiges Gebilde anzusehen. Hierfür spricht schliesslich auch die Tatsache, dass der allgemeine Gerichtsstand sich gemäss § 17 ZPO nach dem Sitz der Gesellschaft richtet."⁷⁶³

(3.) Wenn Hanisch ⁷⁶⁴die Frage aufwirft, ob für Prozesse gegen die Konkursmasse der allgemeine Gerichtsstand des Gemeinschuldners oder der Ort der Konkursverwaltung massgebend ist, so tut er dies wiederum im Gesamtkontext der Erörterung der Rechts- und Parteifähigkeit der Konkursmasse.

Diesem Zusammenhang zwischen Gerichtsstand und Zuerkennung der Parteifähigkeit ist man in der Lehre mit Einschränkung nicht näher nachgegangen. Z. T. wird ein Zusammenhang zwischen Gerichtsstand und Parteifähigkeit auch negiert, wird doch der Zweigniederlassung trotz eigenem Gerichtsstand die Parteifähigkeit von der h. L. nicht zuerkannt. Abschliessend sei erwähnt, dass die allgemeinen Erörterungen von Henckel⁷⁶⁵, welcher für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes grundsätzlich das Interessevermögen für massgebend erachtet, im Rahmen dieser Arbeit, in welcher die Parteifähigkeit der Sondervermögen einen zentralen Untersuchungsgegenstand bildet, besonders interessant erscheinen, da sie geeignet sind, auf einer allgemeinen Ebene die Zusammenhänge zwischen der Zuerkennung der Parteifähigkeit und dem Bestehen eines eigenen Gerichtsstandes aufzuzeigen.

⁷⁶² Walder § 8 Rz 2.

⁷⁶³ Schiller S. 121.

⁷⁶⁴ Hanisch S. 70; er verweist hierzu auf Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess S. 129ff.

⁷⁶⁵ Henckel S. 132.

Kapitel XXI

AUFERLEGUNG VON PROZESSKAUTIONEN

766

Prozesskautionen werden immer den Parteien auferlegt. Daher ist es auch in diesem Zusammenhang bedeutsam, wer in einem bestimmten Verfahren als Partei und wer als Dritter anzusehen ist. Von Interesse ist hier § 73 Ziff. 7 (ZH)ZPO, der vorsieht, dass eine Prozesskaution zu leisten ist, wenn die Konkurs- oder die Nachlassmasse klagt. Angesichts einer solchen Bestimmung erweist sich die Konstruktion der Prozessstandschaftslehre, nach welcher dem Konkurs- bzw. Nachlassverwalter die Parteistellung im Prozess der Masse zukommt, wiederum als fragwürdig, knüpft doch § 73 Ziff. 7 (ZH)ZPO ausdrücklich an die klagende Konkurs- bzw. Nachlassmasse an. § 73 Ziff. 7 (ZH) ZPO ist denn auch in der Praxis⁷⁶⁷ schon zur Begründung der Parteifähigkeit der Konkursmasse herangezogen worden. Auch im Hinblick auf die Auferlegung von Prozesskautionen ist m.E. von der Lehre eine klare Stellungnahme zu der im Raum stehenden Frage zu fordern, wem die Parteistellung im Prozess der Masse zukommt, dem Konkurs- bzw. Nachlassverwalter, der Konkurs- bzw. Nachlassmasse oder gar dem Gemeinschuldner.

⁷⁶⁶ Den Komplikationen mit Bezug auf die Leistung von Kostenvorschüssen im Falle des eigenständigen prozessualen Auftretens der als parteifähig erachteten Gesellschaftsorgane (vgl. etwa E. Steiner SAG 10 (1937/38) S. 134f) kann dadurch begegnet werden, dass man hierfür zusammen mit Bauer (S. 83; vgl. ferner unter 24.3 hiernach) das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse auffasst.

⁷⁶⁷ Vgl. ZR 82 (1983) Nr. 25.

Kapitel XXII

ABHÄNGIGKEIT DER PARTEIFÄHIGKEIT VOM KLAGEGRUND

Infolge der lediglich beschränkten Zuerkennung von Parteifähigkeit an gewisse Gebilde drängt sich die Frage auf, ob für die Abklärung des Vorliegens der Parteifähigkeit bei Teilrechtssubjekten nicht auch die Betrachtung des Klagegrundes erforderlich sein kann. Bezüglich der Parteifähigkeit der Organe i. e. S. hat Neumann⁷⁶⁸ von einer vom Klagegrund abhängigen Parteifähigkeit gesprochen. M.E. ist aber über diesen Fall hinaus die Betrachtung des Klagegrundes für den Entscheid über die Parteifähigkeit bedeutsam. Dies kann etwa Pra 73 Nr. 89 verdeutlichen, worin sich das Bundesgericht bezüglich des Umfanges der der Stockwerkeigentümergeinschaft zuzuerkennenden Parteifähigkeit dafür ausgesprochen hat, die Stockwerkeigentümergeinschaft auch für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen als parteifähig anzusehen. Auch hier hat das Bundesgericht zur Abklärung des Vorliegens der Parteifähigkeit auf den Klagegrund abgestellt.

Wenn man, wie dies in der vorliegenden Arbeit getan worden ist, insgesamt von der Relativität der Parteifähigkeit ausgeht, kann man auch bezüglich der Parteifähigkeit der juristischen Person von einer vom Klagegrund abhängigen sprechen. Sollte nämlich etwa eine juristische Person - um dies anhand eines an den Haaren herbeigezogenen Beispiels zu illustrieren - in einem Scheidungs- oder Vaterschaftsprozess als Partei

⁷⁶⁸ Neumann S. 93.

aufzutreten, so müsste ein solches Verfahren infolge fehlender Parteifähigkeit der juristischen Person von der Hand gewiesen werden. Pohle⁷⁶⁹ hat als Beispiel für eine vom Streitgegenstand abhängige Partei- und Prozessfähigkeit die Scheidungsklage des Minderjährigen genannt.

⁷⁶⁹ Pohle ZZP 81 (1968) S. 172.

Kapitel XXIII

PARTEIFÄHIGKEIT UND MATERIELLE RECHTSKRAFT

Da die materielle Rechtskraft sich normalerweise nur auf die Parteien erstreckt⁷⁷⁰, ist es auch im Hinblick auf das Institut der materiellen Rechtskraft bedeutsam, wer in einem bestimmten Verfahren als Partei und welche Personen als Dritte anzusehen sind. Je nach Standpunkt stellt sich das Problem der Erstreckung der materiellen Rechtskraft in subjektiver Hinsicht etwas anders, so dass auch die Akzente je nach Lehrmeinung verschieden gesetzt werden. Die folgenden drei Beispiele sollen diese grundsätzliche These veranschaulichen:

(1.) Die Lehre von der Prozessstandschaft hat die paradoxe Konsequenz, dass in diesen Fällen "praktisch kein Interesse an der Rechtskrafterstreckung auf denjenigen besteht, der im Prozess als Partei aufgetreten ist"⁷⁷¹. Es besteht, pointierter ausgedrückt, in diesen Fällen kein Interesse an der allgemeinen Rechtskraftwirkung, wonach die materielle Rechtskraft *inter partes* eintritt. Dies wirft m.E. wieder eher ein schiefes Licht auf das Institut der Prozessstandschaft.

(2.) Geht man mit Guldener⁷⁷² darin einig, dass die Erbschaftsgläubiger ein Urteil gegen die Verlassenschaft allein anstreben können⁷⁷³, so kann aufgrund der unbestrittenen Lehrmeinung, wonach ein sol-

⁷⁷⁰ § 191 Abs. 1 (ZH)ZPO; vgl. Walder § 26 Rz 83.

⁷⁷¹ Roth-Grosser S. 95/96.

⁷⁷² Guldener S. 88.

⁷⁷³ Vgl. dagegen Walder § 7 Rz 28.

ches Urteil nicht zur Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen berechtigt, sondern die Erben persönlich eingeklagt werden müssen, wenn auf das persönliche Vermögen der Erben gegriffen werden soll, gefolgert werden, dass die Rechtskraft eines solchen Urteils eben auf das parteifähige Sondervermögen (Personen-Vermögenskomplex) "Nachlass" beschränkt bleibt.

(3.) Die Tatsache, dass sich ein Gesellschafter das gegen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft erstrittene Urteil entgegenhalten lassen muss, kann m.E. nicht einfach mit der Begründung abgetan werden, die Gesellschaft und die Gesellschafter seien identische Prozessparteien, wie dies Sträuli/Messmer⁷⁷⁴ tun. Auch Roth-Grosser⁷⁷⁵, welche die Erstreckung der Rechtskraft des gegen die Personengesellschaft erstrittenen Urteils auf den einzelnen Gesellschafter mit der Einheit der Vermögen - ihrer Meinung nach stellen die einzelnen Gesellschafter mit ihrem Vermögen gleichzeitig die Gesellschaft dar⁷⁷⁶ - begründet, lässt m.E. den Sondervermögenscharakter des Gesellschaftsvermögens zu Unrecht ausser acht. Im Gegensatz dazu trifft m.E. der Satz, wonach ein im Gesellschaftsprozess ergehendes Urteil Rechtskraft für und gegen die Gesellschafter wirke, in dieser allgemeinen Fassung nicht zu.⁷⁷⁷ Jäger⁷⁷⁸ hat darauf hingewiesen, dass es v. a. in Aktivprozessen der Gesellschaft nicht automatisch zu einer Rechtskraftwirkung für oder gegen die einzelnen Gesellschafter kommt. Der Umstand, dass die Verurteilung der Gesellschaft auch Rechtskraft gegen die

⁷⁷⁴ Sträuli/Messmer § 191 N. 13.

⁷⁷⁵ Roth-Grosser S. 128.

⁷⁷⁶ Sie wiedergibt damit die h. A.

⁷⁷⁷ Gl.M. Jäger S. 58/59.

⁷⁷⁸ Jäger S. 61.

Gesellschafter bewirkt, insofern sie das Bestehen einer Gesellschaftsverbindlichkeit bejaht, und dass umgekehrt die von der Gesellschaft erstrittene Feststellung des Nichtbestehens einer Gesellschaftsverbindlichkeit Rechtskraft zugunsten der Gesellschafter bewirkt, insofern sie zugleich die Haftung des Eigenvermögens verneint, ist m.E. zusammen mit Jäger ⁷⁷⁹ als eine Folge der Eigenart der Haftung anzusehen. Unter keinen Umständen sollte die bei der Personengesellschaft vorkommende Rechtskrafterstreckung in subjektiver Hinsicht jedoch zu einer Verwischung zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern und zu einer Vermengung zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterprozess führen.⁷⁸⁰

Die Zuerkennung eigentlicher Parteifähigkeit und eigenständiger Parteistellung an gewisse Gebilde, die nach der h. L. rechtsunfähig sind⁷⁸¹, wirft auf dem Gebiete der materiellen Rechtskraft, insbesondere im Bereich der Rechtskrafterstreckung in subjektiver Hinsicht, zahlreiche Fragen auf, deren Untersuchung für jedes beschränkt rechtsfähige Gebilde gesondert vorzunehmen wäre. Eine Erörterung aller in diesem Zusammenhang einer Abklärung harrenden Probleme würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

⁷⁷⁹ Jäger S. 61.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu Jäger S. 58f.

⁷⁸¹ Vgl. in Teil 4 hiervor.

Kapitel XXIV

PARTEIFÄHIGKEIT UND VOLLSTRECKUNGSVERFAHREN

782

24.1 Entscheide über die Sache

Damit sinnvollerweise gegen Gebilde, die nach der h. L. rechtsunfähig sind, Urteile ergehen können, muss die Anerkennung zivilprozessualer Parteifähigkeit an solche Gebilde immer mit der gleichzeitigen Zuerkennung der Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren - im kantonalrechtlichen Vollstreckungsverfahren und im Vollstreckungsverfahren nach SchKG - einhergehen, weil die Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren selbständig geprüft werden kann.⁷⁸³

24.1.1 Parteifähigkeit und kantonale Zwangsvollstreckung

Die kantonalrechtlichen Zivilprozessordnungen enthalten Bestimmungen über die Vollstreckung privatrechtlicher Ansprüche, soweit das Vollstreckungsrecht den Kantonen verblieben ist. Dies trifft namentlich auf die Vollstreckung jener Leistungen zu, die nicht in einer Geldzah-

⁷⁸² Mit dem besonderen Problem der Zwangsvollstreckung im Organstreit hat sich Bauer (S. 4) einlässlich beschäftigt: Wie sollen die im Organstreit erstrittenen Urteile, welche regelmässig auf die Vornahme bzw. Unterlassung bestimmter Handlungen gehen, zwangsweise durchgesetzt werden? Bauer (S. 84) schlägt u. a. die Auferlegung eines Zwangsgeldes gegen die Mitglieder des Organs vor, die zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung diese Position innehaben (für alles weitere vgl. Bauer S. 83f).

⁷⁸³ Blomeyer, Erkenntnisverfahren S. 47.

lung bestehen, sowie auf die Vollstreckung ausländischer Gerichtsurteile, soweit nicht Staatsverträge des Bundes massgebend sind.⁷⁸⁴ Mit Bezug auf den Parteifähigkeitsbegriff im Realvollstreckungsverfahren stellt sich dann wie schon beim zivilprozessualen Parteifähigkeitsbegriff die Frage nach der rechtlichen Zugehörigkeit dieses Begriffes. Der Parteifähigkeitsbegriff im kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren befindet sich damit in der gleichen Zwischenstellung zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht wie der zivilprozessuale Parteifähigkeitsbegriff.⁷⁸⁵

Infolge des funktionellen Zusammenhanges zwischen Zivilprozessrecht und Vollstreckungsrecht muss die Zuerkennung von Parteifähigkeit in beiden Verfahrensrechten in gleicher Weise erfolgen. Haubensak⁷⁸⁶ hält in diesem Zusammenhang fest, dass sich die Parteien im Vollstreckungsverfahren ausschliesslich nach dem Vollstreckungstitel bestimmen, weil das Urteil nur Rechtskraft zwischen den Parteien schafft. Als formelle Einreden gegen das Erlangen eines Vollstreckungsbefehls erwähnt er denjenigen Fall, wo die Identität der belangenden oder der belangten Partei mit den Parteien des Erkenntnisverfahrens nicht übereinstimmt.⁷⁸⁷ Mit dem Parteifähigkeitsbegriff im kantonalrechtlichen Vollstreckungsverfahren hat sich Haubensak nicht gesondert beschäftigt. Er weist lediglich darauf hin, dass für Prozessunfähige die gleichen Grundsätze wie im Erkenntnisverfahren gelten.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ Walder § 41 Rz 2.

⁷⁸⁵ Vgl. unter 2.4 hiavor.

⁷⁸⁶ Haubensak S. 65.

⁷⁸⁷ Haubensak S. 76.

⁷⁸⁸ Haubensak S. 65.

24.1.2 Parteifähigkeit im Betreibungsverfahren

Infolge des funktionalen Zusammenhangs zwischen dem Erkenntnis- und dem Vollstreckungsverfahren sollte sich die Zuerkennung betreibungsrechtlicher Parteifähigkeit an rechtsunfähige Gebilde mit der Zuerkennung zivilprozessualer Parteifähigkeit decken.⁷⁸⁹

Vorerst ist auch hier die Frage nach der rechtlichen Zugehörigkeit der betreibungsrechtlichen Parteifähigkeit zu untersuchen. Wie es der Ausdruck "betreibungsrechtliche Parteifähigkeit" schon besagt, gehört dieser Begriff dem eidgenössischen Betreibungsrecht an. Das SchKG enthält jedoch keine ihn ausdrücklich regelnde Vorschrift.⁷⁹⁰ BGE 37 II 593 befasst sich im besonderen nur mit der aktiven betreibungsrechtlichen Parteifähigkeit: Nach BGE 37 II 593 muss als die dem Gesetz zugrundeliegende Auffassung gelten, "dass, wer als physische oder juristische Person oder als Vermögensmasse (z. B. als Konkursmasse, als Erbmasse nach Art. 49 SchKG) Gläubiger von Forderungen sein kann, auch die Fähigkeit besitzt, für diese Forderungen - kraft eigenen Handelns oder durch das solches ersetzende Handeln eines Organs oder Stellvertreters - die zwangsweise Befriedigung im Betreibungswege und dem damit zusammenhängenden, dem Betreibungszwecke dienenden zivilprozessualischen Verfahren zu erwirken. Das Betreibungsrecht lässt sodann das Vorhandensein der Betreibungsfähigkeit von dem der zivilen Rechtsfähigkeit und nur davon abhängen."⁷⁹¹

⁷⁸⁹ Vgl. etwa Gauch N. 2005 (mit Hinweisen): "Der Partei- und Prozessfähigkeit im Zivilprozess entspricht die Partei- und Betreibungsfähigkeit."

⁷⁹⁰ BGE 37 II 593; vgl. ferner Gauch N. 2009 (mit Hinweisen): "Die Partei- und Betreibungsfähigkeit im schweizerischen Betreibungsverfahren bestimmt sich gleich wie die Partei- und Prozessfähigkeit im schweizerischen Zivilprozess nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit."

⁷⁹¹ BGE 37 II 593.

Zu diesem bundesgerichtlichen Entscheid sind folgende kritische Anmerkungen anzubringen: Zum einen ist auf die mangelhafte Terminologie hinzuweisen, das Bundesgericht spricht von der Betreibungsfähigkeit meint jedoch die Parteifähigkeit im Betreibungsverfahren. Im weiteren vermisst man eine Differenzierung zwischen der aktiven und passiven betreibungsrechtlichen Parteifähigkeit, wird doch gerade Art. 49 SchKG - das Paradebeispiel einer passiven betreibungsrechtlichen Parteifähigkeit - unter die Fälle der aktiven Parteifähigkeit eingeordnet. Zum anderen ist die pauschalisierende Äusserung, wonach das Betreibungsrecht das Vorhandensein der Betreibungsfähigkeit (recte Parteifähigkeit) von dem der zivilen Rechtsfähigkeit und nur davon abhängen lässt, zu präzisieren. Ich habe mich weiter vorne⁷⁹² eingehend mit dem herrschenden Rechtsfähigkeitsbegriff auseinandergesetzt. Zivile Rechtsfähigkeit kommt danach nur den natürlichen und den juristischen Personen zu. Aus dem Betreibungsrecht geht nun aber ganz im Gegensatz zum herrschenden Rechtsfähigkeitsbegriff die betreibungsrechtliche Parteifähigkeit gewisser Sondervermögen - der Konkursmasse (Art. 240 SchKG) und des Erbschaftsvermögens (Art. 49 SchKG) - klar hervor. Praktikabilitätserwägungen erfordern es ferner in zunehmendem Masse, dass auch dem betreibungsrechtlichen Parteifähigkeitsbegriff ein relativ verstandener Rechtsfähigkeitsbegriff zugrundegelegt wird. Dies ist denn auch der Weg, den die h. L. eingeschlagen hat. So kommt nach der h. L. der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, der Stockwerkeigentümergeinschaft, der Konkursmasse sowie der Liquidationsmasse sowohl die aktive als auch die passive betreibungsrechtliche Parteifähigkeit, dem Nachlass nach Art. 49 SchKG immerhin die passive Parteifähigkeit zu.⁷⁹³

⁷⁹² Vgl. vorne S. 6f.

⁷⁹³ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3f.

Wenn man, wie es in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagen wird, darüber hinaus noch weiteren verselbständigten Gebilden die zivilprozessuale Parteifähigkeit zuerkennen will, so muss dies zwangsläufig auch mit der Zuerkennung von betreibungsrechtlicher Parteifähigkeit einhergehen, weil es ansonsten zu nicht vollstreckbaren Entscheiden kommen würde. Die h. L. und Praxis lehnt aber insbesondere die aktive und passive betreibungsrechtliche Parteifähigkeit der einfachen Gesellschaft⁷⁹⁴, einer im Handelsregister gelöschten AG⁷⁹⁵ und einer Gemeinderschaft⁷⁹⁶ ab. Die Widerstände gegen die Zuerkennung der Parteifähigkeit an weitere Gebilde sind im Bereich des Betreibungsrechts gleich gross wie im Gebiet der Zivilprozessrechtslehre. Inwieweit die Zuerkennung betreibungsrechtlicher Parteifähigkeit an weitere Gebilde mit dem geltenden Recht vereinbar ist, bedarf im einzelnen jedoch einer genauen Abklärung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen werden kann. Es ist m.E. aber wünschenswert, dass im Betreibungsrecht der praktikable Zugriff auf nach der h. L. als rechtsunfähig erachtete Sondervermögen in vermehrtem Masse zum Durchbruch gelangt. Als Argument gegen die Zuerkennung passiver Parteifähigkeit im Zivilprozess an solche Gebilde - Ottomann⁷⁹⁷ erwähnt die im Gründungsstadium befindliche AG - werden denn auch oft die unübersehbaren Schwierigkeiten im Vollstreckungsrecht genannt. Ich teile jedoch solche Bedenken nicht. Der Zugriff auf das Sondervermögen einer Personengesellschaft gestaltet sich m.E. nicht grundsätzlich leichter als der Zugriff auf das Sondervermögen einer Gründungsgesellschaft oder einer einfachen Gesellschaft.

⁷⁹⁴ Fritzsche/Walder § 9 Rz 3 (gestützt auf Art. 530 OR und BGE 43 III 176ff); vgl. ferner SJZ 72 (1976) S. 44 N. 14.

⁷⁹⁵ Fritzsche/Walder § 9 Anm. 10 mit Hinweisen.

⁷⁹⁶ BGE 51 III 58f.

⁷⁹⁷ Ottomann S. 9.

Unter dem Aspekt der aktiven betriebsrechtlichen Parteifähigkeit sind schliesslich die Gesamthandforderungen von Interesse, welche aufgrund des materiellen Rechts in einer einzigen Betreuung geltend zu machen sind. Auch hier bietet sich parallel zum Zivilprozess die Betrachtungsweise an, wonach - entgegen der h. L. ⁷⁹⁸, die in der Geltendmachung einer Gesamthandforderung ein gemeinsames Vorgehen mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner in einer einzigen Betreuung sieht - die Gesamthand als Gläubigerin, als (kollektiv) parteifähiges Gebilde anzusehen ist. Als Ansatzpunkt für eine solche Betrachtungsweise bietet sich allerdings ausserhalb des Gesamthandrechts BGE 107 III 51/52 an: Das Bundesgericht sieht in diesem Entscheid die Gläubigergemeinschaft gemäss Art. 1157ff OR und die einzelnen Anleihergläubiger als voneinander verschiedene Gläubiger an.

24.2 Vollstreckung der Kosten- und Entschädigungsfolge

Bezüglich der in der vorliegenden Arbeit als parteifähig erkannten, von der h. L. aber als rechtsunfähig erachteten Gebilde, die ein Sondervermögen aufweisen, stellt sich die Vollstreckung des Kosten- und Entschädigungspunktes lediglich als Problem des Vorhandenseins bzw. Fehlens der betriebsrechtlichen Parteifähigkeit dar. Besondere Probleme ergeben sich in diesem Bereich jedoch im Falle der Vollstreckung eines gegen das parteifähige Gesellschaftsorgan ergangenen Urteils bei kostenfälliger Abweisung der Klage.⁷⁹⁹ Diese ergeben sich im Bereich der

⁷⁹⁸ Fritzsche/Walder § 9 Rz 46.

⁷⁹⁹ Auf dieses Problem hat schon Steiner (SAG 10 (1937/38) S. 134f) hingewiesen.

Organstreitigkeiten deshalb, weil die Gesellschaftsorgane zwar Träger von Rechten und Pflichten⁸⁰⁰ nicht jedoch Träger eines eigenen, autonomen Haftungsvermögens sind.⁸⁰¹ Soll bei Bejahung der Parteifähigkeit der Gesellschaftsorgane im Falle ihres Unterliegens auf das Gesellschaftsvermögen oder auf das Privatvermögen der einzelnen Organmitglieder gegriffen werden? Als Problemlösung schlägt Bauer⁸⁰² vor, die Organe, der Vorstand und der Aufsichtsrat der AG, seien zufolge ihrer eigenständigen Parteistellung auch selbst als Kostenschuldner zu betrachten. Dabei hafte jedoch mangels eigenem Haftungsvermögen der Organe das Gesellschaftsvermögen auf die Kostenschuld. Die Gesellschaft sei lediglich als Haftungsmasse aufzufassen, auf die das unterlegene parteifähige Organ als Kostenschuldner berechtigt sei zurückzugreifen. Er begründet seine Meinung damit, dass, obschon die Organe zwar um eigene Rechtspositionen als eigenständige Parteien streiten, dies nach aussen hin letztlich alles im Interesse des Ganzen geschehe. Das Interesse der Organe an der Klärung des Streites bleibe auf den organisatorischen Innenbereich der Gesellschaft beschränkt.⁸⁰³

Wie die Kostenfolge bei einem auf ein Gesellschaftsorgan als Kostenschuldner lautenden Urteil gegen das haftende Gesellschaftsvermögen im einzelnen durchgesetzt werden könnte, darüber hat sich Bauer nicht ausgelassen. Damit die Zwangsvollstreckung eines solchen Urteils in das Gesellschaftsvermögen aber überhaupt erfolgen kann, müsste m. E. im

⁸⁰⁰ Vgl. unter 15.2.4.2(ba) hiavor.

⁸⁰¹ Bauer S. 82.

⁸⁰² Bauer S. 85.

⁸⁰³ Bauer S. 83.

Dispositiv des betreffenden Urteils ein ausdrücklicher Hinweis auf das ausschliesslich haftende Gesellschaftsvermögen enthalten sein. Im Gegensatz zu Bauer⁸⁰⁴ wäre m. E. aber angesichts dieses problematischen Auseinanderklaffens von Schuld- und Haftungssubjekt, die Lösung weiter zu verfolgen, ob nicht die Organe für die prozessweise Austragung von Organstreiten mit speziellen Mitteln - einem eigens dafür bestimmten Fonds - ausgestattet werden könnten.

⁸⁰⁴ Nach Bauer (S. 83) besteht dagegen kein Bedürfnis nach einer eigenen Haftungsmasse bei den Organen.

Lebenslauf

Ich wurde am 21. August 1956 in Reinach AG geboren und wuchs daselbst auf. Dort besuchte ich die Primarschule und die Bezirksschule. 1973 trat ich in das Literargymnasium der Kantonsschule Aarau ein, welches ich 1977 mit der Matura (Typus B) abschloss. Im Sommer 1977 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss es im Mai 1982 mit dem Lizentiat ab. Die Arbeit an der Dissertation dauerte mit Unterbrüchen vom Februar 1983 bis Ende 1986. Vom Februar 1984 bis Ende Februar 1985 arbeitete ich als Auditorin am Bezirksgericht Zürich. Am 18. Dezember 1985 wurde mir das Anwaltspatent erteilt. Am 3. Juni 1987 wurde ich von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Doktorin der Rechtswissenschaft promoviert.

